

Betydningen av Rt.2009 s.1537 (Bokhandleren i Kabul – dommen) for norsk internasjonal privatrett

- En vurdering av dommens betydning for reglene om lovvalg i kontraktsforhold hvor partene ikke har foretatt et lovvalg



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 562
Leveringsfrist: 25. november 2010

Til sammen 16 188 ord

24.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Rettskilder	3
1.3	Hensynet til harmonisering og forutsigbarhet	6
<u>2</u>	<u>REDEGJØRELSE FOR OBITER DICTUM I RT.2009 S. 1537 (BOKHANDLEREN I KABUL – DOMMEN)</u>	<u>10</u>
2.1	Høyesteretts uttalelser om metode ved tilnærming til lovvalgsspørsmål	10
2.2	Uttalelsenes rettskildemessige verdi	11
<u>3</u>	<u>NORSKE LOVVALGSREGLER FOR INTERNASJONALE KONTRAKTER</u>	<u>14</u>
3.1	Tidligere tilnærming til lovvalgsspørsmål i kontraktsforhold i norsk rett	14
3.1.1	Hovedregel: Partsautonomi	14
3.1.2	Lovvalg når partene ikke har foretatt et lovvalg: realdebitors hovedsete	14
3.1.3	Den ulovfestede regelen ”den individualiserende metode”	15
3.1.4	Begrensninger for lovvalget	19
3.2	Andre forhold som taler for at den europeiske internasjonale privatretten har betydning for norsk rett	20
3.2.1	Sammenhengen mellom vernetingsreglene og lovvalgsreglene	20
3.2.2	Ønske om å kodifisere lovvalgsregler på kontraktsrettens område i norsk rett	22
3.2.3	Tendenser i nyere rettspraksis	24
<u>4</u>	<u>EF – RETTENS LOVVALGSREGLER FOR INTERNASJONALE KONTRAKTER HVOR PARTENE IKKE HAR FORETATT ET LOVVALG</u>	<u>28</u>

4.1	Den forutgående Roma – konvensjonen art. 4	31
4.2	Roma I art. 4	34
4.3	Er prinsippet om den nærmeste tilknytning i norsk ulovfestet rett og i EF – retten sammenfallende?	39
<u>5</u>	<u>METODEN I OBITER DICTUM I RT.2009 S. 1537 ANVENDT PÅ ELDRE RETTSPRAKSIS</u>	<u>42</u>
5.1	Eldre rettspraksis	42
5.1.1	Rt.1931 s. 1185 (Thams – dommen)	42
5.1.1.1	En vurdering av Rt.1931 s. 1185 etter reglene i Roma I	43
5.1.2	Rt.1937 s. 888 (Gullklausul – dommen)	45
5.1.2.1	En vurdering av Rt.1937 s. 888 etter reglene i Roma I	46
5.1.3	Rt.1980 s. 243 (Tampax – dommen)	47
5.1.3.1	En vurdering av Rt.1980 s. 243 etter reglene i Roma I	48
5.1.4	Rt.1982 s. 1294 (Fotoblitz – dommen)	49
5.1.4.1	En vurdering av Rt.1982 s. 1294 etter reglene i Roma I	51
<u>6</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>53</u>
<u>7</u>	<u>KILDER</u>	<u>56</u>
7.1	Bøker	56
7.2	Artikler	57
7.3	Lover og forarbeider	59
7.4	Konvensjoner	59
7.5	EF - forordninger og rettskilder fra EF - retten	59
7.6	Dommer	60

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens tema er betydningen av Rt.2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul – dommen) for de norske reglene om lovvalg i kontraktsforhold hvor partene ikke har foretatt et lovvalg.

Saken omhandler et krav om erstatning og oppreisning for personvernkrænkelser fra Suraia Rais etter utgivelsen av Åsne Seierstads bok ”Bokhandleren i Kabul.”¹ På det tidspunktet Rais tok ut stevning for Oslo tingrett, bodde hun i Norge og fremmet erstatningskrav på vegne av seg selv og seks andre familiemedlemmer som hevdet å ha overdratt sine krav i saken til henne.² Høyesterett tok i dommen stilling til lovvalget mellom norsk og afghansk rett som rettsgrunnlag for behandling av erstatningsspørsmålet. I dommen uttaler førstvoterende at det på stadig flere rettsområder har utviklet seg fastere lovvalgsregler, og at disse skal gis forrang fremfor ulovfestede prinsipper. Videre fastslår Høyesterett at i den utstrekning det ikke finnes avvikende lovgivning i norsk rett, taler hensynet til rettsenhet for at det legges vekt på den løsning som EU – landene har valgt. Denne tilnærmingemetoden til lovvalget anvendes ikke ved vurderingen av lovvalgsspørsmålet som behandles i saken. Uttalelsene kan likevel få betydning, fordi Høyesterett tar til orde

¹ Seierstad, Åsne. *Bokhandleren i Kabul – et familiedrama*. Utgitt på J.W. Cappelens Forlag AS (nå Cappelen Damm AS) i 2002. Boken er skrevet på bakgrunn av forfatterens erfaringer etter et opphold på flere måneder i Kabul hos bokhandleren Shah Muhammad Rais, hans kone Suraia Rais og den øvrige familien.

² Ved kjennelse av 28. januar 2010 kom Oslo tingrett til at de seks andre familiemedlemmenes krav ikke kunne fremmes uten samtykke fra retten. Samtykke til at Rais kunne fremme kravene på vegne av disse ble ikke gitt, jfr. skadeerstatningsloven av 13. juni 1969 § 3-10. Anke over denne avgjørelsen ble senere forkastet i to instanser.

for en tilnærningsmetode til lovvalgsspørsmål som har blitt anbefalt i juridisk teori,³ men som domstolene tidligere ikke har fulgt.⁴

Som antydnet ovenfor, er det førstvoterendes generelle uttalelser om tilnærming til lovvalgsspørsmål i dommen som skal behandles i avhandlingen. Det er på det rene at det lovvalgsspørsmålet som Høyesterett tok stilling til i dommen, knyttet seg til en erstatningsrettslig tvist. Fordi de generelle uttalelsene ikke ble knyttet til lovvalg for bestemte rettsforhold, har de relevans for lovvalgsspørsmål i sin alminnelighet. Det betyr at uttalelsene også kan få betydning for den tilnærningsmetode som domstolene skal anvende ved tilnærming til lovvalgsspørsmål i kontraktsforhold. I denne avhandlingen vil jeg med utgangspunkt i Høyesteretts uttalelser i dommen, undersøke følgende problemstilling: Hvilken betydning har uttalelsene om tilnærningsmetoden til lovvalgsspørsmål, for de norske reglene om lovvalg i kontraktsforhold hvor partene ikke har foretatt et lovvalg?

For å besvare avhandlingens problemstilling er det nødvendig å presisere hva som her menes med ”betydning,” og hvordan vi skal gå fram for å avdekke denne. Med betydning menes her: (i) Hvilken betydning uttalelsene har sett hen til deres rettskildemessige verdi. (ii) Hvilken betydning den tilnærningsmetoden det tas til orde for kan få for senere saker, hvor en domstol skal ta stilling til lovvalgsspørsmålet i kontraktsforhold hvor partene ikke har foretatt et lovvalg. (iii) Hvilken betydning en anvendelse av den nye tilnærningsmetoden kan få for utfallet av lovvalgsvurderingen. (iv) Hvilken betydning uttalelsene kan få for forutsigbarheten på dette rettsområdet.

En forutsetning for at uttalelsene kan få betydning for den tilnærningsmetode som anvendes ved vurdering av lovvalgsspørsmål i senere saker, er at det kan fastslås at de har *rettskildemessig verdi*.⁵

³ Cordero - Moss (2007) s. 679 - 717

⁴ Jfr. avsnitt 3 og 5.1

⁵ Jfr. avsnitt 2

For at uttalelsene skal bli retningsgivende for den *tilnæringsmetode* som anvendes til lovvalgsspørsmålet i senere saker hvor domstolene skal fastslå lovvalget i kontraktsforhold hvor partene ikke har foretatt et lovvalg, må to forutsetninger være tilstede. For det første må det påvises en forskjell mellom den tidligere og den ”nye” tilnæringsmetoden til lovvalgsspørsmålet.⁶ For det andre må det påvises at EF – retten inneholder fastere lovvalsregler som i praksis kan komme til anvendelse.⁷

For å kunne fastslå at en anvendelse av den ”nye” tilnæringsmetoden kan føre til at *utfallet* av lovvalgsvurderingen blir en annen enn ved en anvendelse av den metoden som tidligere har blitt anvendt, må det også foretas en vurdering i to ledd. For det første må det redegjøres for de resultater en anvendelse av den tidligere metoden førte til. For det andre må det fastslås at utfallet hadde blitt et annet dersom domstolene hadde anvendt den ”nye” tilnæringsmetoden i en tilsvarende sak.⁸

For å kunne fastslå at den nye tilnæringsmetoden fører til *økt forutberegnelighet* på rettsområdet, må det kunne påvises at den nye metoden gir partene bedre forutsetninger for å forutberegne hvilke regler som kommer til anvendelse enn det den metoden som tidligere ble anvendt gjorde.⁹

1.2 Rettskilder

I avhandlingen tas det utgangspunkt i de lovfestede reglene om lovvalg i kontraktsforhold som finnes i norsk rett. Den viktigste lovfestede rettskilden er lov om mellomfolkeleg - privatrettslege reglar for lausøyrekjøp av 1964 (heretter løsørekjøpslovvalsloven), som regulerer internasjonale løsørekjøp. Det finnes også noen spredte lovvalgsbestemmelser¹⁰ i lovgivningen som ikke vil behandles i avhandlingen. Videre har noen av EF – rettens

⁶ Jfr. avsnitt 3 og 5.1

⁷ Jfr. avsnitt 4 og 5.1

⁸ Jfr. avsnitt 5.1

⁹ Jfr. avsnitt 5.1

¹⁰ For eksempel sjøloven §§ 75 og 252, vekselloven kap. XIV og skjekkloven kap. XII

lovvalgsregler blitt implementert i norsk rett, fordi EØS – avtalen har ført til at visse EF – direktiver har vært bindende for Norge.¹¹ Dette gjelder forsikringslovvalgsloven av 1992,¹² som er basert på EØS – avtalen og to rådsdirektiver.¹³ I tillegg til denne har noen spredte lovvalgsregler blitt inkorporert i de aktuelle lovene i norsk rett.¹⁴ At det finnes flere norske lovvalgsregler som er ensartede med EF – retten viser den forbindelse som allerede eksisterer til den europeiske internasjonale privatretten, men disse reglene vil ikke behandles i avhandlingen.

Fordi det ikke finnes noen alminnelig regulering av lovvalgsregler i kontraktsforhold, er lovvalgsreglene hovedsaklig ulovfestet. For å avgjøre lovvalgsspørsmål i kontraktsforhold hvor partene ikke har foretatt et lovvalg, er den ulovfestede regelen ”den individualiserende metode” en sentral rettskilde. Sedvanerettsregelen har utviklet seg i rettspraksis, og fastslår at et rettsforhold skal reguleres av retten i det landet det har sin nærmeste tilknytning til.¹⁵

I avhandlingen behandles også vernetingsreglene i den utstrekning det er relevant for å belyse den europeiske internasjonale privatrettens betydning for norsk rett.¹⁶

Den EF – retten som vil behandles i avhandlingen er EF - forordningen Roma I.¹⁷ Den sentrale bestemmelsen er forordningens art. 4, som regulerer lovvalg i kontraktsforhold

¹¹ Cordero - Moss (2000) s. 137

¹² Forsikringslovvalgsloven § 9 a

¹³ Rådsdirektiv 88/357/EØF og 90/619/EØF

¹⁴ Herunder agenturloven § 3 og forbrukerkjøpsloven § 3. EØS – avtalen påla Norge å innarbeide EFs rådsdirektiv 86/653/EØF om samordning av medlemsstatenes lovgivning om selvstendige handelsagenter i norsk rett. Likeledes var bakgrunnen for lovvalgsregelen i forbrukerkjøpsloven en forpliktelse til å tilpasse norsk rett til EF – retten, jfr. rådsdirektiv 1994/44/EF. Ved tolkningen av den lovgivning i norsk internasjonal privatrett som er basert på EF – retten, er den bakenforliggende retten relevant å se hen til ved vurdering av hvordan de norske reglene skal forstås. Dette må sees i sammenheng med hensikten om å skape rettsenhet gjennom disse instrumentene som nødvendiggjør at de samme kildene benyttes ved tolkning.

¹⁵ Jfr. avsnitt 3 og 5.1

¹⁶ Jfr. avsnitt 3.1.2

hvor partene ikke har foretatt et lovvalg. Jeg vil også redegjøre for den forutgående Roma – konvensjonens¹⁸ regulering av det samme rettsspørsmålet fordi dette er et godt utgangspunkt for å belyse innholdet av de nye reglene.

Ved redegjørelsen for EF – retten sees det videre hen til dennes forarbeider.¹⁹ Forarbeider kan bidra til å klargjøre hvordan rettsregler skal forstås, og er en sentral rettskilde etter norsk rettskildelære. I EF – retten spiller forarbeider en langt mindre rolle som rettskilde.²⁰ Det har sammenheng med at EF – retten er inspirert av andre tolkningstradisjoner enn nordisk rett, samt at lovgivningsprosessen innenfor EU er preget av forhandlinger og kompromisser mellom partene. Selv om disse har en annen rettskildemessig status i EF – retten, betyr det ikke at de ikke kan gi retningslinjer for den senere anvendelsen av reglene.

Videre anvendes juridisk litteratur, herunder juridiske artikler, ved redegjørelse for innholdet av både de norske rettsregler og EF – retten.

På dette rettsområdet har videre formålsbetraktninger og reelle hensyn betydning når øvrige rettskilder på området ikke gir presise svar på hva som er gjeldende rett. Et hensyn som kan tillegges vekt er at rettsområdet har en internasjonal natur som gjør det relevant å se hen til andre lands rett. I den utstrekning det legges vekt på at et bestemt rettsforhold bør bli bedømt etter samme lands materielle regler uansett i hvilket land saken blir anlagt, bør utenlandske rettskilder spille en større rolle innenfor internasjonal privatrett enn det som er vanlig på andre rettsområder.²¹

¹⁷ Forordning nr. 593/2008 (Roma I)

¹⁸ Roma – konvensjonen av 19. juni 1980

¹⁹ Jfr. avsnitt 4

²⁰ Sejersted (2004) s. 54

²¹ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 87

1.3 Hensynet til harmonisering og forutsigbarhet

Fordi de ulike landenes materielle rettsregler ofte er ulike, er det for partene i internasjonale kontraktsforhold et viktig hensyn å kunne forutberegne hvilke regler som kommer til anvendelse.

En metode som ivaretar hensynet til forutsigbarhet på en effektiv måte, er å utarbeide ensartede materielle kontraktsregler.²² Denne metoden har blitt anvendt for å tilrettelegge for handelssamarbeid, noe som reduserer behovet for kollisjonsregler.²³ Fordi det har blitt arbeidet bevisst med å utvikle slike enhetlige regelsett, kan den internasjonale handelsrett i dag sies å karakteriseres av et omfattende internasjonalt samarbeid.²⁴ Selv om disse regelsettene har utviklet seg mye både i antall og omfang med hensyn til hva de regulerer, vil mange fortsatt hevde at de foreløpig ikke utgjør et komplett rettssystem som kan forsvare at de erstatter bakgrunnsretten.²⁵ Dette gjør at enhetsrett på avgrensede områder ikke fører til at kollisjonsrettslige problemstillinger blir overflødige.

En annen metode som kan anvendes for å ivareta hensynet til forutsigbarhet, er å utarbeide ensartede lovvalgsregler som fører til at den samme rett utpekes til å regulere kontraktsforholdet uavhengig av hvor saken anlegges. Dersom lovvalgsreglene ikke er harmonisert, åpnes det for *forum shopping*, som innebærer at saksøkeren utnytter

²² Gaarder/Lundgaard (2000) s. 37 flg.

²³ Et eksempel på skandinavisk lovsamarbeid er kjøpsloven av 13. mai 1988 nr. 27 som førte til nær ensartede kjøpsregler. Samarbeidet om FN – konvensjonen om internasjonale kjøp av 11. april 1980 (CISG) var et forsøk på å utarbeide en internasjonalt enhetlig kontraktsrett. Videre pågår det et arbeid innenfor EU med å utarbeide en ensartet europeisk kontraktsrett.

²⁴ Nielsen (2006) s. 77

²⁵ Cordero – Moss (2007) s. 689 - 692. I artikkelen blir det redegjort for begrensningen både i den forutgående Roma - konvensjonen og i den etterfølgende Roma I med hensyn til at kontrakter bare kan underkastes et lands rett. Dette innebærer at en henvisning til ikke-nasjonale regler kun har materiellrettslig virkning, og ikke kollisjonsrettslig virkning. Forfatteren argumenterer det for at en slik begrensning er egnet så lenge de ikke-nasjonale reglene ikke har oppnådd det nivå av systematikk og detalj som forsvarer at de erstatter bakgrunnsretten.

muligheten til å anlegge sak på det stedet som er mest fordelaktig i den enkelte sak. Fordelene knyttet til et taktisk lovvalg bortfaller når lovvalget reguleres av de samme lovvalsreglene.²⁶ Noe av formålet med den internasjonale privatrett er å finne frem til faste lovvalsregler, slik at valg av forum ikke blir avgjørende for resultatet.²⁷

De lovvalsreglene som er nedfelt i det enkelte lands nasjonale lovgivning er ofte et resultat av internasjonalt samarbeid om lovvalsregler. Det nordiske samarbeidet om ensartede lovvalsregler innenfor arverett, konkursrett og familierett er eksempler på geografisk avgrensede samarbeid.²⁸ Eksempler på samarbeid som omfatter et større geografisk område er de konvensjoner som har blitt utarbeidet gjennom Haag – konferansen for internasjonal privat- og prosessrett siden 1893.²⁹

Behovet for harmonisering på det internasjonalprivatrettslige området gjør seg spesielt gjeldende mellom de landene som befinner seg i samme region, og som på ulike måter samarbeider nært.³⁰ Det vidtgående samarbeidet mellom EU – landene, som blant annet skal tilrettelegge for mobilitet i arbeidsmarkedet og omfattende handel mellom landene, bidrar til et stort behov for avklaring av lovvalgsspørsmål. Ensartede lovvalsregler på kontraktsrettens område kan sies å tilrettelegge for handelssamarbeid mellom EU - landene. Innenfor EU har det derfor blitt arbeidet parallelt med å harmonisere den materielle retten, og med å harmonisere de internasjonalprivatrettslige reglene.³¹

²⁶ Bogdan (2006) s. 115

²⁷ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 29

²⁸ Nordisk konvensjon om arv og dødsboskifte av 1935, Nordisk konvensjon om konkurs av 1933, Nordisk konvensjon om ekteskap, adopsjon og vergemål av 1931

²⁹ De konvensjoner som har blitt utarbeidet gjennom Haag – konferansen og som på det handelsrettslige området har fått størst tilslutning er konvensjonene om sivilprosess (1954), lovvalg for løsørekjøp (1955), forkynnelser (1965), bevisopptagelse (1970), lovvalg for trafikkuhell (1971) og lovvalg for produktansvar (1973), jfr. Nielsen (2006) s. 101

³⁰ Cordero – Moss (2010) - forthcoming

³¹ Cordero – Moss (2009) s. 68

Norge er ikke medlemsland i EU og den lovgivning som blir vedtatt innenfor EU blir derfor ikke umiddelbart en del av norsk rett. Det er fordi justissamarbeidet, som den internasjonale privatretten er en del av, ikke er omfattet av EØS – avtalen.³²

Det medfører at mens lovvalgsreglene for kontraktsforhold er harmonisert innefor EU, har norsk rett hatt en egen tilnærming til lovvalg i kontraktsforhold.

For Norges del betyr det at det er av særlig betydning å ha harmoniserte regler med de øvrige nordiske land.³³ Norge har tradisjonelt samarbeidet nært med både Sverige og Danmark, og sett hen til både rettspraksis og rettsteori i disse landene når det ikke har vært klare løsninger i norsk rett. Sverige deltar fullt ut i det internasjonalprivatrettslige samarbeidet i EU. Danmark benyttet seg av sin reservasjonsrett mot samarbeidet på det sivilrettslige området, som også omfatter den internasjonale privatretten, og er derfor ikke en del av dette samarbeidet.³⁴ For Danmark sin del utredes imidlertid muligheten for at de også kan omfattes av det internasjonalprivatrettslige samarbeidet gjennom en folkerettslig parallellavtale. Hensynet til harmonisering gjør seg imidlertid også gjeldende overfor de øvrige EU- land, som er mange av Norges viktigste samarbeidspartnerne på det formuerettslige området. Herunder er det viktig å se hen til forbindelsen mellom Norge og EU på grunn av deltagelsen i EØS – samarbeidet.

³² Noen av EF – rettens lovvalgsregler er implementert i norsk rett, jfr. avsnitt 1.2

³³ Cordero – Moss (2009) s. 71

³⁴ Due (2002) s. 183 – 195 Bakgrunnen for dette er Danmarks forbehold mot EU – samarbeidet om visum, asyl og innvandring. Amsterdam – traktaten (som er den tredje revisjonen av de traktater som EU er fundert på) trådte i kraft 1. mai 1999, og flyttet reguleringen av disse områdene fra det mellomstatlige til det fellesskapsrettslige plan og til en nyopprettet del IV i EF – traktaten som Danmark tok forbehold mot. Til del IV ble også samarbeidet på det sivilrettslige området flyttet, og det internasjonalprivatrettslige samarbeidet ble dermed omfattet av Danmarks forbehold.

Disse forhold forsterker behovet for samarbeid med den nordiske og europeiske internasjonale privatretten.³⁵ Det vidtgående handelssamarbeidet mellom Norge og mange av EU - landene taler for at Norge i sin lovgivning og lovtolkning bør tilstrebe overensstemmelse med EUs internasjonale privatrett.³⁶ Hensynet til ensartede lovvalsregler med land som er viktige handelspartnere for Norge taler for at EF – retten derfor har betydning for norsk rett.³⁷

Når det gjelder den tilnærmingemetode som anvendes til lovvalgsspørsmål, har EF – retten kodifisert faste regler for lovvalget, mens den ulovfestede regelen ”den individualiserende metode” et stort anvendelsesområde i norsk rett.³⁸

I dansk rettsteori³⁹ har det blitt påpekt som en vesentlig fordel ved den individualiserende metode⁴⁰ at den er fleksibel, og åpner for å finne frem til et rimelig resultat i det konkrete tilfelle. På den annen side oppnås denne fleksibiliteten på bekostning av rettssikkerhet for partene, fordi de ikke på forhånd kan forutse hvilke rettsregler som kommer til anvendelse.⁴¹ Faste lovvalsregler øker partenes mulighet for forutsigbarhet og virker dermed prosessbesparende, men kan i enkelte tilfelle føre til et mindre rimelig resultat. En fleksibel regel kan derimot sikre individuell vurdering og følgelig større rimelighet i den enkelte sak, men ofrer på den annen side forutsigbarheten og kan dermed virke prosesskapende. Ved avveining av disse hensynene er det viktig å se hen til behovet for forutsigbarhet i internasjonal handel.

³⁵ Cordero – Moss (2010) - forthcoming

³⁶ Cordero - Moss (2007) s. 716

³⁷ Cordero – Moss (2009) s. 70-71

³⁸ Jfr. avsnitt 3.1.3

³⁹ Nielsen (2006) s. 110-111

⁴⁰ Den individualiserende metode legges også til grunn i EF – retten, men har blitt anvendt på en annen måte enn regelen har blitt anvendt i norsk rett, jfr. avsnitt 4

⁴¹ Partene kan ivareta hensynet til forutsigbarhet ved å benytte seg av sin partsautonomi og inngå avtale om lovvalget.

2 Redegjørelse for obiter dictum i Rt.2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul – dommen)

2.1 Høyesteretts uttalelser om metode ved tilnærming til lovvalgsspørsmål

I dommen fastslår førstvoterende at lovvalgsspørsmålet i saken ikke har en klar løsning i lov, rettspraksis eller sedvane og uttaler at: *”dersom ikke rettsvalget følger av fastere regler, skal saken etter norsk internasjonal privatrett avgjøres på grunnlag av rettsreglene i det land som saksforholdet etter en totalbedømmelse har nærmest tilknytning til (”Irma Mignon – formelen”). På stadig flere områder har det imidlertid – gjerne med utgangspunkt i ”Irma Mignon – formelen” – utviklet seg fastere regler.”* Dette uttalelsen kan forstås som at man før man foretar en vurdering etter den individualiserende metode, skal det undersøkes om det finnes fastere lovvalgsregler som kan regulerer lovvalgsspørsmålet.

Førstvoterende viser videre til EF – rettens regulering av lovvalgsspørsmålet og uttaler at Norge ikke er bundet av denne, men: *”I den utstrekning vi ikke har avvikende lovregulering, taler imidlertid hensynet til rettsenhet for at vi ved avgjørelse av rettsvalgsspørsmål legger vekt på den løsning som EU – landene har valgt.”* Med denne uttalelsen fastslår Høyesterett at det skal sees hen til EF – rettens fastere lovvalgsregler i den utstrekning det ikke finnes avvikende lovgivning i norsk rett.

At fastere lovvalgsregler skal gis forrang og at det skal tilstrebes rettsenhet med EU – retten, er en ny metode ved tilnærming til lovvalgsspørsmål sammenlignet med det som følger av tidligere rettspraksis.⁴²

⁴² Jfr. avsnitt 5.1

2.2 Uttalelsenes rettskildemessige verdi

En rettsavgjørelse blir ansett som et prejudikat når den får betydning for et rettsspørsmål som senere er oppe til avgjørelse. I norsk rett er den vanlige oppfatningen at de underordede domstolene særlig ser hen til Høyesteretts praksis når de vurderer saker de får forelagt.⁴³ Med hensyn til hvilke momenter ved en rettsavgjørelse som kan tillegges rettskildemessig betydning sondres det mellom *ratio decidendi* og *obiter dictum*. Den primære rettskilden er den anførte *ratio decidendi*, som er den begrunnelse som retten selv har anført for sitt resultat.⁴⁴ Uttalelser i et prejudikat som ikke har vært nødvendige for å begrunne resultatet, kalles *obiter dictum*.

Ved vurderingen av det lovvalgsspørsmålet som Høyesterett behandler i Rt.2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul – dommen), anvender de ikke den tilnærmingemetoden som de tar til orde for i dommen. Uttalelsene kan derfor ikke sies å ha vært bestemmende for sakens resultat, og er *obiter dicta* i domsavsigelsen.

Carl August Fleischer har uttalt⁴⁵ at domstolene i stor utstrekning avholder seg fra å komme med slike unødvendige uttalelser. Videre uttaler han at dette kan være rasjonelt begrunnet med at partene ikke vil prioritere å prosedere inngående omkring spørsmål som ikke er av konkret betydning for deres sak. Eckhoff/Helgesen fastslår i sin lærebok⁴⁶ at norske domstoler er varsomme med å uttale seg om annet enn det som er av betydning for avgjørelsen, og at når de uttaler seg om andre spørsmål, dreier det seg som regel om ukontroversielle momenter som er tatt med for sammenhengens skyld. I Skoghøy sin artikkel⁴⁷ som omhandler utviklingstrekk i Høyesteretts rettskildebruk, fastslår han at uttalelser som ikke har vært nødvendige for å begrunne avgjørelsen, tradisjonelt har blitt tillagt begrenset rettskildemessig verdi. Dette må imidlertid sees i sammenheng med at

⁴³ Eckhoff/Helgesen (2001) s. 159

⁴⁴ Fleischer (1998) s. 189

⁴⁵ Fleischer (1998) s. 190

⁴⁶ Eckhoff/Helgesen (2001) s. 172 flg.

⁴⁷ Skoghøy (1996) s. 209 flg.

slike uttalelser tidligere har hatt karakter av å være slengbemerkinger som ikke alltid var like gjennomtenkte. Videre uttaler han at når Høyesterett nå uttaler seg om spørsmål som det ikke er nødvendig å ta standpunkt til av hensyn til resultatet, er dette ofte for å gi retningslinjer. Han fastslår derfor at: *”slike uttalelser vil som regel ikke ha noen dårligere kvalitet enn de uttalelser som danner begrunnelsen for resultatet og bør derfor ikke anses som rettskildemessig mindreverdige.”* Siden slike uttalelser ikke nødvendigvis vil være mindre juridisk holdbare enn de som inngår i ratio decidendi, bør de ikke umiddelbart tillegges liten rettskildemessig vekt. En lignende uttalelse finner vi hos Nygaard⁴⁸ når han tar til orde for at *”iallfall i nyare praksis må ein rekna med at utsegner av interesse, men som ikkje trengst for resultatet, er rimelig gjennomtenkte.”*

Obiter dicta - uttalelser kan være av ulik karakter. Nygaard⁴⁹ oppstiller tre kategorier av slike uttalelser: reservasjoner, utgreininger med standpunkt og signal. Med reservasjoner menes uttalelser hvor Høyesterett tar sikte på å avgrense dommen som prejudikat. Med utgreininger med standpunkt menes at Høyesterett i saker hvor det er knyttet stor forventning til avklaring av et prinsipielt spørsmål, velger å uttale seg om dette selv om det ikke er nødvendig for å avgjøre saken.⁵⁰ Med signal menes den type uttalelser som kan tolkes som signaler om hvordan senere saker vil bli bedømt.⁵¹

⁴⁸ Nygaard (2004) s. 115

⁴⁹ Nygaard (2004) s. 115 - 118

⁵⁰ Et eksempel på at Høyesterett i obiter dictum har tatt opp til drøftelse tvilsomme og viktige spørsmål som det ikke var nødvendig å ta standpunkt til av hensyn til avgjørelsen er Rt.1990 s. 874 (Fusa – dommen). I dommen kom Høyesterett med en obiter dictum – uttalelse som senere har blitt retningsgivende for kravet til et minimumsnivå i helseretten.

⁵¹ Et eksempel på at Høyesterett kom med en obiter dictum - uttalelse som kan tolkes som signaler om hvordan fremtidige tilfeller vil bli bedømt er Rt.1994 s. 792 (Namtvedt – dommen). Spørsmålet Høyesterett skulle ta stilling til i saken var et omstøtelseskraft etter dekningsloven § 5-9, og om dette kunne overdras. Høyesterett kom til at det ikke var grunnlag for omstøtelse og overdragelsesspørsmålet var derfor ikke aktuelt i saken, men førstvoterende valgte likevel å uttale seg om overdragelsesspørsmålet. Disse uttalelsene kan tolkes som signaler om hvordan et tilsvarende krav senere vil bli behandlet.

Når Høyesterett velger å si mer enn det som er nødvendig, kan det skyldes at de ”benytter anledningen” når en sak er til behandling, til å trekke opp retningslinjer på et rettsområde hvor det er behov for avklaring for fremtiden.⁵² Denne bruken av obiter dicta har tiltatt i de senere tiår,⁵³ noe som kan tyde på at Høyesterett i større grad har sett det som sin oppgave å drive med rettsavklaring og rettsutvikling.⁵⁴ Det er ingen tvil om at et obiter dictum vil være mindre tungtveiende enn dommens anførte ratio decidendi. Det kan imidlertid forekomme tilfeller hvor et obiter dictum får stor betydning i praksis, særlig dersom uttalelsene er fremkommet i en situasjon hvor det var behov for veiledning.⁵⁵

Innenfor norsk internasjonal privatrett har den ulovfestede retten et stort anvendelsesområde, det er begrenset rettspraksis, og følgelig er behovet for rettsavklaring stort. Når Høyesterett velger å komme med uttalelsene om tilnærningsmetoden til lovvalgsspørsmål er det derfor grunn til å tro at det er for å gi veiledning på et rettsområde som har vært uklart, og for å sende ut signaler om hvilken metode de ønsker å anvende ved vurderingen av lovvalgsspørsmål i senere saker.

⁵² Fleischer (1998) s. 190

⁵³ Skoghøy (1996) s. 209 flg.

⁵⁴ Det er en viss uenighet knyttet til om slike uttalelser er ønskelig. En av de som uttrykker stor skepsis til en slik tendens er Henning Jakhelln i LoR 1998 s. 129-130, jfr. Eckhoff/Helgesen (2001) s. 175

⁵⁵ Fleischer (1998) s. 190

3 Norske lovvalgsregler for internasjonale kontrakter

3.1 Tidligere tilnærming til lovvalgsspørsmål i kontraktsforhold i norsk rett

3.1.1 Hovedregel: Partsautonomi

Hovedregelen for lovvalg i kontraktsforhold i norsk rett er partsautonomi, som innebærer at partene har frihet til å avtale hvilket lands materielle rett som skal regulere deres kontrakt. Regelen om partsautonomi er lovfestet i løssørekjøpslovvalgsloven § 3 og i forsikringslovvalgsloven § 9 a.⁵⁶ Partsautonomien er et internasjonalt anerkjent prinsipp i den internasjonale privatretten,⁵⁷ og aksepteres fullt ut i både i EF – forordningen Roma I art.3 og i den forutgående Roma - konvensjonen art. 3.1. I norsk rett anvendes prinsippet om partsautonomi også utenfor de lovregulerte tilfellene. I teorien har det blitt argumentert for at det rettslige grunnlaget for det, er en analogisk anvendelse av løssørekjøpslovvalgsloven.⁵⁸

3.1.2 Lovvalg når partene ikke har foretatt et lovvalg: realdebitors hovedsete

Dersom partene ikke har foretatt et lovvalg, følger det av løssørekjøpslovvalgsloven § 4 første ledd at dersom *”det ikke gjort avtale som nemnt i § 3, står kjøpet under rettsreglane i det landet der seljaren hadde bustad då han tok mot tinginga frå kjøparen. Vart tinginga motteken på ein forretningsstad som seljaren hadde, står kjøpet under rettsreglane i det landet der forretningsstaden er.”* Bestemmelsen fastslår at rettsreglene på det stedet hvor selgeren hadde sin bopel eller eventuelt sitt forretningssted på det tidspunktet han mottok

⁵⁶ Partsautonomien kan også implisitt utledes av forbrukerkjøpsloven § 3, 2. ledd, finansavtaleloven § 2 (3) og agenturloven § 3

⁵⁷ Thue (2002) s. 876. Wagner (2008) s. 378 uttaler i artikkelen at prinsippet på ulikt teoretisk grunnlag har bestått i internasjonal privatrett siden forrige århundreskiftet.

⁵⁸ Se for eksempel Gaarder/Lundgaard (2000) s. 242. Cordero – Moss (2000) s. 136 hevder at selve regelen i løssørekjøpslovvalgsloven kan antas å være uttrykk for et sedvanerettslig prinsipp.

kjøperens bestilling, skal regulere kontraktsforholdet.⁵⁹ Regelen tilsvarende den klassiske internasjonalt privatrettslige tenkning for lovvalgsspørsmål, hvor realdebitors hovedsete regnes som viktigste tilknytningsfaktor. Denne regelen ble lagt til grunn i Haag – konvensjonen om lovvalg for internasjonale løsørekjøp av 15. juni 1955.⁶⁰ Konvensjonen ble ratifisert av Norge og er grunnlaget for den norske løsørekjøpslovvalgsloven.⁶¹ Regelen om partsautonomi er nedfelt i både EF - forordningen Roma I art. 3 og i den forutgående Roma – konvensjonen art. 3.

3.1.3 Den ulovfestede regelen "den individualiserende metode"

Høyesterett har i rettspraksis⁶² slått fast at løsørekjøpslovvalgsloven § 4 ikke kan anvendes analogisk på kontraktsforhold som ikke gjelder løsørekjøp. Realdebitors bosted kan derfor ikke anvendes som fast tilknytningsfaktor for lovvalg i kontraktsforhold hvor partene ikke har foretatt et lovvalg. Kontrakter som gjelder kjøp av andre ting enn løsøre, og andre kontrakter enn kjøpskontrakter faller derfor i utgangspunktet utenfor regelens anvendelsesområde.⁶³ I juridisk teori⁶⁴ har Høyesterett blitt kritisert for å ha fastslått at kjøpslovvalgsloven § 4 ikke kan anvendes analogisk, når kjøpslovvalgsloven § 3 om partsautonomi derimot har fått analogisk anvendelse på andre avtaler enn løsørekjøpskontrakter.⁶⁵

⁵⁹ Høyesterett anvender regelen i Rt.1980 s. 243 (Tampax – dommen) hvor de fastslo at danske kjøpsregler måtte komme til anvendelse ved bedømmelse av de rettsspørsmål som knyttet seg til de enkelte kjøp, fordi selgeren hadde sitt forretningssted i København på det tidspunkt han mottok kjøperens bestilling.

⁶⁰ Landene som har ratifisert konvensjonen er Norge, Danmark, Finland, Frankrike, Italia, Sveits og Sverige

⁶¹ Konvensjonen hadde til formål å skape størst mulig rettsenhet og forutberegnelighet for partene, jfr. Cordes (2010) s. 353. Ved tolkningen av reglene skal det derfor sees hen til konvensjonen som er bakgrunn for loven. Konvensjonens formål om å skape ensartede regler, taler for at også andre lands tolkning av konvensjonen tas i betraktning ved tolkningen av bestemmelsene, jfr. Eckhoff/Helgesen (1992) s. 290

⁶² Rt.1980 s.243 (Tampax – dommen), Rt.1982 s. 1294 (Fotoblitz – dommen)

⁶³ Gaarder/Lundgaard (2010) s. 242

⁶⁴ Cordero – Moss (2007) s. 697 - 700

⁶⁵ Jfr. ovenfor

For å avgjøre lovvalgsspørsmål i kontraktsforhold som faller utenfor løssørekjøpslovvalgsloven § 4 sitt anvendelsesområde, har domstolene anvendt den individualiserende metode. Denne tilnærmingemetoden til lovvalgsspørsmålet ble for første gang anvendt i Rt.1923 II s. 58 (Irma Mignon – dommen). Saken gjaldt spørsmål om erstatningsansvar etter en kollisjon mellom to norske skip på elven Tyne i England. Det var på det rene at kollisjonen hadde skjedd på grunn av en feil begått av losen på det ene skipet. Alle skip var etter engelsk rett forpliktet til å ha en los, men rederens ansvar for at losen hadde begått en feil var ulikt regulert etter norsk og engelsk rett, og lovvalgsspørsmålet ble derfor avgjørende. Høyesterett fant ikke grunnlag for å avgjøre lovvalgsspørsmålet i rettspraksis eller konvensjoner Norge hadde tiltrådt, og slo fast at man *”ved avgjørelsen av, hvilken stats regler der skal anvendes er man da, saavidt jeg skjønner, i det væsentlige henvist til at bygge på almindelige retsgrundsætninger og arten av det forhold det her gjælder.”* Førstvoterende formulerte videre følgende, som har fått stor betydning for senere praksis: *”for mit vedkommende synes jeg imidlertid det er naturlig at ta utgangspunkt i den betragtning, at et forhold fortrinsvis bør bedømmes efter loven i det land, hvortil det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører hjemme.”* Etter en vurdering med utgangspunkt i dette formulerte prinsippet, kom Høyesterett kom til at saken hadde sin nærmeste tilknytning til norsk rett.

Metoden Høyesterett anvendte i Rt.1923 II s. 58 har blitt tillagt vekt i senere avgjørelser for å avgjøre lovvalgsspørsmålet i ulike privatrettslige rettsforhold,⁶⁶ og innholdet av regelen har dermed blitt presisert i rettspraksis. Den juridiske teori har også bidratt til å presisere hvordan regelen skal forstås.⁶⁷ Irma Mignon - formelen har blitt forstått som at det skal foretas en konkret helhetsvurdering, med henblikk på alle relevante tilknytningsfaktorer for å finne frem til det lands rett som rettsforholdet har sin nærmeste tilknytning til. Denne

⁶⁶ Prinsippet har blitt anvendt for å avgjøre lovvalgsspørsmålet både i saker knyttet til erstatning - Rt.1931 II s. 58 (Irma Mignon – dommen), Rt.1957 s. 246 (Turbuss – dommen) og i saker knyttet til kontraktsforhold - Rt.1931 s. 1185 (Thams – dommen), Rt.1937 s. 888 (Gullklausul – dommen), Rt.1980 s. 243 (Tampax – dommen), Rt.1982 s. 1294 (Fotoblitz – dommen)

⁶⁷ Blant annet av Knoph (1938) s. 46 - 58

metoden har også blitt anvendt for å avgjøre lovvalgsspørsmålet i kontraktsforhold som faller utenfor løssørekjøpslovvalgsloven § 4 sitt anvendelsesområde.⁶⁸ Ved vurderingen av til hvilket lands rett kontrakten har sin nærmeste tilknytning har blant annet følgende tilknytningsfaktorer blitt ansett for å være relevante: kontraktssted, oppfyllelsessted, partenes bopel/forretningssted, voldgiftsklausul, vernetingsklausul og kontraktsspråk.

Fordi Høyesterett i sin praksis har lagt vekt på ulike tilknytningsfaktorer, og ikke presisert hvordan disse har blitt veid opp mot hverandre, er vanskelig å trekke klare slutninger for å forutberegne fremtidige tilfeller. Den måten den individualiserende metode har blitt anvendt på i norsk rett, har derfor blitt kritisert i teorien⁶⁹ for ikke å ivareta hensynet til forutberegnelighet.

Etter Høyesteretts uttalelser i Rt.2009 s. 1537 om at faste lovvalgsregler bør komme til anvendelse dersom slike finnes, og at det bør sees hen til EF – retten,⁷⁰ er det tvilsomt om den individualiserende metode fremdeles uten videre kan fortrenge faste tilknytningsfaktorer for lovvalget. Uttalelsene i dommen må forstås som at Høyesterett forlater Irma Mignon – formelen i de tilfellene hvor det finnes fastere lovvalgsregler. En slik utvikling møter behovet i norsk internasjonal privatrett for en mer systematisk tilnærming til lovvalget med fastere lovvalgsregler, til forskjell fra den individualiserende metode som vurderer konkret hvor den enkelte sak har sin nærmeste tilknytning.⁷¹

I norsk rettstradisjon har Ragnar Knoph argumentert for at Irma Mignon - formelen må anses som *"grunnloven i den internasjonale privatrett – eller om man vil hele den ulovbestemte internasjonale privatrett i et nøtteskall."*⁷² I den samme artikkelen uttaler han

⁶⁸ Jfr. avsnitt 5.1

⁶⁹ Thue (1965) s. 587 – 610, Cordero – Moss (2000) s. 132 – 152, Cordero – Moss (2007) s. 679 – 717

⁷⁰ Det redegjøres for EF – retten regulering av lovvalg i kontraktsforhold i avsnitt 4

⁷¹ Cordero - Moss (2010) s. 2 - 3

⁷² Jfr. Knoph (1938) s. 46 flg.

at Rt.1937 s. 888,⁷³ hvor den individualiserende metode anvendes for å avgjøre lovvalget, ”slår nemlig fast at grunnregelen i den internasjonale kontraktsrett er at avtaler skal stå under det lands rett hvor de nærmest hører hjemme, og at alle slags præsumpsjoner og veiledende regler om tilknytningsmomenter m.v. bare har sekundær og avledet verdi, og ikke skal brukes med mindre de virkelig gir riktig uttrykk for hovedregelen i det konkrete tilfelle.” Gaarder fastslår at selv om debtors bopels lov har blitt anvendt som tilknytningsfaktor i rettspraksis, må denne anses som en subsidiær rettsregel for de tilfeller hvor den individualiserende metode ikke fører frem, og at den individualiserende metode må anses som det alminnelige obligasjonsrettslige lovvalgsprinsipp.⁷⁴

Andre rettsteoretikere har vært mer skeptiske til den utstrakte bruk av den individualiserende metode i norsk rett. Helge Thue kritiserer Irma Mignon – formelen og hevder at den virker konfliktskapende fordi den er så ubestemt, mens klare og faste regler derimot virker konflikthindrende. Klare og faste lovvalsregler gir også partene en viss mulighet til å vurdere lovvalgsspørsmålet uten å måtte fremme saken for en domstol,⁷⁵ noe som ivaretar prosessøkonomiske hensyn. Cordero – Moss påpeker at en metode som er individuell og basert på en helhetsvurdering, kan resultere i ulike resultater avhengig av hvilke faktorer dommeren velger å legge avgjørende vekt på i den enkelte sak. I en konkret sak hvor de tilknytningsfaktorene de er relevant å se hen til for å avgjøre lovvalgsspørsmålet peker på ulike land, er det vanskelig å forutse hvordan en dommer vil veie disse opp mot hverandre. I de tilfellene hvor de potensielt anvendbare rettssystemer har ulike regler, vil forutsigbarhet med hensyn til lovvalgsspørsmålet være av stor betydning.⁷⁶ Gaarder/Lundgaard anser det som et viktig argument mot formelen at den kan falle forskjellig ut hos ulike personer fordi den er så ubestemt og lite veiledende.⁷⁷ Konow viser til hvordan anvendelsen av den individualiserende metode kan virke tilslørende fordi

⁷³ Rt.1937 s. 888 (Gullklausul – dommen) Dommen behandles i avsnitt 5.1.2

⁷⁴ Gaarder (1975) s. 111 – 112 og 113

⁷⁵ Thue (1965) s. 587-610

⁷⁶ Cordero – Moss (2007) s. 679-717 på s. 697-698

⁷⁷ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 95

fremgangsmåten ikke gir klare signaler om rettstilstanden.⁷⁸ Det har også blitt uttalt at metoden kan ha en stagnerende effekt og være med på å hindre dannelsen av nye internasjonalt privatrettslige regler, noe som taler for at prinsippet bare bør anvendes dersom det ikke finnes tilgjengelige rettskilder på det konkrete rettsområdet eller disse ikke gir direkte veiledning.⁷⁹

3.1.4 Begrensninger for lovvalget

Både for kontraktsforhold hvor partene har avtalt hvilke rettsregler som skal regulere deres kontrakt, og for kontraktsforhold hvor partene ikke har foretatt et lovvalg, finnes det noen regler som kan gripe inn og begrense lovvalget. I utgangspunktet er lovvalgsreglene verdinøytrale slik at fremmed rett kommer til anvendelse dersom lovvalgsreglene utpeker denne som kompetent til å regulere rettsforholdet. Det finnes imidlertid noen begrensninger for hvilke resultater norske domstoler kan komme frem til når de anvender fremmed rett.⁸⁰ En av disse begrensningene er de internasjonalt preseptoriske reglene. Dette er ikke internasjonalt privatrettslige regler, men intern preseptorisk lovgivning som kan komme til anvendelse uansett hvilken rett lovvalgsreglene utpeker til å regulere rettsforholdet.⁸¹ I norsk rett er regelen nedfelt i forsikringslovvalgsloven § 5, men adgangen til å anvende norske preseptoriske regler var nedfelt i rettspraksis⁸² også før denne loven ble vedtatt.

En annen regel som kan begrense anvendelsen av fremmed rett er ordre public. Regelen gir en domstol adgang til ikke å anvende et annet lands rettsregler, dersom en anvendelse av den fremmede retten vil føre til et resultat som er i strid med grunnleggende prinsipper i

⁷⁸ Konow (2006) s. 248-249

⁷⁹ Cordes (2010) s. 77, Gaarder/Lundgaard (2000) s. 91

⁸⁰ Cordes (2010) s. 163-185 på s. 164

⁸¹ Innenfor kontraktsretten kan reglene gripe inn når partene har foretatt rettsvalg som er i strid med tvingende offentligrettslige regler, som for eksempel begrensninger i private borgeres adgang til å danne kartellvirksomhet, jfr. (Cordes) 2010 s. 181

⁸² I Rt.1931 s. 1185 (Thams – dommen) slår Høyesterett fast at regelen i avtaleloven § 30 om svik må komme til anvendelse fordi det ikke kan vites med sikkerhet at svik får de samme alvorlige rettsfølger etter fransk rett.

domstollandet.⁸³ Ordre public – normen er et ulovfestet prinsipp som gjelder på alle rettsområder og utgjør den viktigste begrensningen i internasjonal privatrett.⁸⁴ I norsk rett er prinsippet spesifikt nedfelt i løsurekjøpslovvalgsloven § 6 og i Lugano - konvensjonen av 2007 art. 27, som begge har blitt en del av norsk rett som følge av at Norge har tiltrådt internasjonale konvensjoner.⁸⁵ For å ivareta hensynet til forutsigbarhet er det viktig at anvendelsesområde for regelen er snevert. En forutsetning for at regelen kan komme til anvendelse, er at det foretas en sammenligning av de materielle reglene. Dette er for at det skal kunne fastslås hva resultatet etter de ulike lands rettsregler vil ha blitt, fordi ethvert avvik mellom reglene ikke er tilstrekkelig til å påberope seg regelen.⁸⁶

3.2 Andre forhold som taler for at den europeiske internasjonale privatretten har betydning for norsk rett

Selv om Norge formelt ikke er bundet av EF – rettens lovvalgsregler, er det likevel grunnlag for å si at den europeiske internasjonale privatretten har betydning for norsk rett. Noen holdepunkter for dette er den sammenhengen det er mellom vernetingsreglene og lovvalgsreglene, det ønske den norske lovgiver har gitt uttrykk for om å kodifisere lovvalgsregler på kontraktsrettens område som er overensstemmende med EF – retten, og tendenser i rettspraksis som viser at EF – retten har blitt ansett for å ha betydning for norsk rett.

3.2.1 Sammenhengen mellom vernetingsreglene og lovvalgsreglene

Vernetingsreglene er reglene som en domstol anvender når den avgjør hvilket vernetingsområde som har kompetanse til å behandle en sak med tilknytning til flere rettssystemer, herunder tvister som har oppstått i internasjonale kontraktsforhold. Norske domstoler sin stedlige

⁸³ Cordero – Moss (2007) s. 709-715

⁸⁴ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 101 flg.

⁸⁵ Cordes (2010) s. 164-165

⁸⁶ Konow (2006) s. 248 Forfatteren påpeker at det derfor er tvilsomt om Høyesteretts ordre public – forbehold i Rt.1931 s. 1185 (Thams – dommen) er holdbart. I dommen kom Høyesterett til at norsk rett måtte legges til grunn fordi det ikke kunne vites med sikkerhet om svik ville få de samme alvorlige rettsfølger etter fransk rett som etter norsk rett, uten at det ble foretatt en sammenligning av de materielle reglene i norsk og fransk rett.

domskompetanse i sivile saker reguleres av tvisteloven av 17. juni 2005 nr. 90, i overensstemmelse med de begrensninger som følger av Norges folkerettslige forpliktelser, jfr. tvisteloven § 1-2.

Internasjonal privatrett i vid forstand omfatter, foruten reglene om lovvalg, også reglene om jurisdiksjon og anerkjennelse av fremmede dommer på det privatrettslige området.⁸⁷ Innen sivilprosessen ble den europeiske internasjonale privatretten en del av norsk rett gjennom Lugano - konvensjonen av 16. september 1988.⁸⁸ Lugano – konvensjonen ble laget etter mønster av Brussel – konvensjonen av 27. september 1968 om domsmyndighet og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker, slik at EFTA – landene kunne omfattes av tilsvarende regler som gjaldt i EU – landene. Brussel - konvensjonen ble endret en rekke ganger, siste gang da den ble omformet til domsforordningen nr. 44/2001 av 22. desember 2000 (Brussel I). Lugano - konvensjonen forble i sin opprinnelige versjon frem til den nye Lugano - konvensjonen av 2007, som trådte i kraft 1. januar 2010. Lugano – konvensjonen av 2007 regulerer internasjonale valg av verneting og anerkjennelse av sivile dommer mellom Norge og EFTA - landene⁸⁹/EU – landene, og går foran tvistelovens bestemmelser innenfor konvensjonens anvendelsesområde.⁹⁰ Lugano – konvensjonen av 2007 er laget etter mønster av Brussel I, som regulerer de samme spørsmålene innenfor EU og skal tolkes i overensstemmelse med denne.

En forpliktelse til å anvende reglene på en mest mulig ensartet måte, og å unngå tolkninger som bygger på særegne tradisjoner i domsstlandet, er også spesifikt nedfelt i Brussel I protokoll 2 og i Lugano – konvensjonen protokoll 2. Videre taler i seg selv for å tolke konvensjonen i overensstemmelse med den bakenforliggende forordningen, at

⁸⁷ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 19

⁸⁸ Gjennomført ved Lugano - loven av 8. januar 1993 nr. 21

⁸⁹ Norge, Island, Sveits og Liechtenstein

⁹⁰ Cordes (2010) s. 55

konvensjonen er gjort direkte gjeldende som lov i Norge uten at det finnes egne norske forarbeider⁹¹

Både EU – landene og EU – domstolen er ved tolkningen av sine egne instrumenter forpliktet til en ensartet tolkning av de internasjonalt privatrettslige instrumenter. Denne sammenhengen mellom reglene følger blant annet av premiss 7⁹² i Roma I, hvor det fastslås at det skal være samklang mellom det materielle anvendelsesområde og de materielle reglene i Brussel I, Roma I og Roma II. Det innebærer at både EU – domstolen og de nasjonale domstolene i EU - landene tar hensyn til kildene og prinsippene i Roma I og II ved sin tolkning av Brussel I. De tolkninger EU – domstolen legger til grunn når den ser hen til kildene og prinsippene i blant annet Roma I, må derfor norske domstoler ta hensyn til når de anvender Lugano – konvensjonen i overensstemmelse med sine folkerettslige forpliktelser.⁹³

Dette viser både at den europeiske internasjonale privatrett har stor betydning for norsk rett innenfor internasjonal sivilprosess. Videre viser det at forbindelsen mellom vernetingsreglene og lovvalgsreglene innenfor EU, åpner for en indirekte innflytelse av EF - rettens lovvalgsregler på kontraktsrettens område ettersom Norge har tiltrådt Lugano – konvensjonen av 2007.

3.2.2 Ønske om å kodifisere lovvalgsregler på kontraktsrettens område i norsk rett

I norsk rett finnes det ingen kodifikasjon av lovvalgsregler som omfatter kontrakter i sin alminnelighet.⁹⁴ I forbindelse med EUs arbeid med Roma - konvensjonen av 1980 ble det imidlertid gitt uttrykk for et politisk ønske om en enhetlig og lovfestet regulering av

⁹¹ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 86

⁹² I Roma I er det før de alminnelige reglene oppstilt en rekke premisser som ble nedfelt under arbeidet med forordningen og som ivaretar de hensyn som var nødvendig for å kunne bli enige om utformingen av reglene

⁹³ Cordero – Moss (2009) s. 67-83, Cordero – Moss (2010) – forthcoming

⁹⁴ Jfr. avsnitt 3.1

lovvalgsreglene for kontraktsforhold. Roma – konvensjonen kunne ikke ratifiseres av ikke – medlemsstater, men Justisdepartementet fremmet i 1985 et høringsforslag⁹⁵ som inneholdt lovvalgsregler som i stor grad var basert på Roma - konvensjonens regler.⁹⁶ Det videre arbeidet ble imidlertid utsatt i påvente av varslede endringer, men ble ikke fulgt opp av noe konkret lovforslag.

Noen ytterligere initiativ ble ikke vist før justisdepartementet den 13. juni 2003 publiserte et nytt høringsnotat.⁹⁷ Høringsnotatet bygget på Grønnboken⁹⁸ som hadde blitt utarbeidet som en del av EUs forarbeider ved omdannelsen av Roma - konvensjonen til en forordning, jfr. avsnitt 4, og redegjorde for endringene i det nye instrumentet. I høringsnotatet uttales at: *”Justisdepartementet har i lengre tid hatt planer om å se nærmere på en eventuell kodifikasjon av de ulovfestede reglene om lovvalg på kontraktsrettens område. Ut ifra behovet for enhetsløsninger i saker som har tilknytning til mer enn én rettsorden er det grunn til å legge stor vekt på hvordan spørsmålene er løst i rettssystemer det er naturlig for oss å sammenligne oss med og som i mange tilfeller er den rettsorden saken alternativt blir å løse i henhold til. De løsninger som følger av Roma – konvensjonen vil derfor ha stor betydning for utformingen av norsk rett.”* Det kommer her tydelige frem både at hensynet til enhetlige løsninger på dette rettsområdet vektlegges, og at det er grunn til å se hen til

⁹⁵ Se Justis- og politidepartementets lovutkast av mai 1985. Lovavdelingen mente det var ønskelig å kodifisere og samle de mest grunnleggende ulovfestede lovvalgsreglene på formuerettens område. Siktemålet var lettere tilgjengelighet for den enkelte bruker og å bedre oversikten over lovvalgsregler, jfr. Cordes (2010) s. 47

⁹⁶ Lovutkastet bygger i stor utstrekning på Roma – konvensjonen, men har et videre virkeområde, idet utkastet som hovedregel gjelder alle formuerettslige forhold, herunder tingsrettslige forhold, jfr. Cordes (2010) s. 47

⁹⁷ Høringsbrev: “Høring – Grønnbok om mulige endringer i Roma – konvensjonen 19. juni 1980 om lovvalg på kontraktsrettens område,” 13. juni 2003, 200 206 128 EP HCH/IHO/bj

⁹⁸ Grønbog om omdannelse af Rom – konventionen af 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, til en fællesskabsretsakt med opdatering af dens bestemmelser, KOM (2002) 654 endelig

hvordan de land det er naturlig å sammenligne seg med har regulert de samme rettsspørsmålene.⁹⁹

Videre uttales at ” *I og med at Roma – konvensjonen nå er i støpeskjeen vil Justisdepartementet avvente utviklingen i EU før arbeidet med norske internasjonal-privatrettslige regler på dette området tas opp igjen.* ” Justisdepartementet signaliserer her at arbeidet med en kodifikasjon av de norske reglene vil bli gjenopptatt, men at dette avventes i påvente av de nye EF – reglene.

Disse uttalelsene gir grunn til å tro at de løsninger EU - landene har valgt for lovvalg på kontraktsrettens område, vil spille en sentral rolle ved utforming av norske regler. På bakgrunn av dette kan det fastslås at så vel den tidligere Roma - konvensjonen som den nåværende Roma I har betydning for norsk rett selv om tilsvarende regler aldri har blitt kodifisert i norsk rett.

I juridisk teori¹⁰⁰ har det blitt uttalt at: ”*på kontraktsrettens område hvor hensynet til forutsigbarhet er særlig tungtveiende, må det anses som en stor fordel både at vi nå kan forvente en kodifisering av de norske rettsvalsreglene, og at disse utformes i tråd med den internasjonale privatrettens hensyn til uniformitet.* ”

3.2.3 Tendenser i nyere rettspraksis

I nyere rettspraksis har Høyesterett vektlagt betydningen av fastere lovvalsregler, og den individualiserende metode har måttet vike til fordel for objektive tilknytningsfaktorer.

Høyesteretts kjæremålsutvalg behandlet i Rt.2006 s.1008¹⁰¹ spørsmålet om riktig vernetting under Lugano - konvensjonen art.5.1, i en tvist angående betaling av agentprovisjon mellom to firmaer med hovedkontor i henholdsvis Tyskland og Norge. Etter Lugano –

⁹⁹ Cordero - Moss (2009) s. 4

¹⁰⁰ Korsnes (2007) s. 291

¹⁰¹ Rt.2006 s. 1008 (Pharma Food – dommen)

konvensjonen er oppfylleelsesstedet riktig verneting, og oppfylleelsesstedet skal bestemmes i henhold til avtalens bakgrunnsrett. Kjæremålsutvalget måtte derfor ta stilling til lovvalget. Siden partene ikke hadde avtalt hvilke rettsregler som skulle regulere kontraktsforholdet, fant kjæremålsutvalget at rettsvalget måtte skje på bakgrunn av den individualiserende metode, jfr. Rt.1980 s.243 (Tampax – dommen)¹⁰² og Rt.1982 s.1294 (Fotoblitz – dommen).¹⁰³ Utvalget viste direkte til Roma - konvensjonen art. 4 og fastslo at vurderingstemaet i art. 4(1) var det samme som etter den individualiserende metode i norsk rett. Kjæremålsutvalget kom imidlertid ikke med noen uttalelser om hvilken status Roma – konvensjonen har for norsk rett, eller gav noen begrunnelse for at den var relevant i det konkrete tilfelle. Etter Roma - konvensjonen art. 4(2) var det stedet hvor agenten har sitt hovedkontor den avgjørende tilknytningsfaktor ved bedømmelsen av hvilket lands rett agentavtalen hadde sin nærmeste tilknytning til. Kjæremålsutvalget uttalte at: *”Etter utvalgets syn er det viktigste momentet ved bedømmelsen av hvilket lands rett en agentavtale har sin nærmeste tilknytning til, hvor agenten har sitt hovedkontor. Det er agenten som skal prestere realytelsen – i Romakonvensjonen art. 4 nr. 2 omtalt som «den for aftalen karakteristiske ydelse».*”

Videre la de vekt på at kreditors bopel eller forretningssted også etter norsk rett var en sentralt tilknytningfaktor for pengeforpliktelser, fordi dette i mangel av avtale gjelder som oppfylleelsessted. Når det gjaldt andre tilknytningsfaktorer det kunne være relevant å se hen til, slo Kjæremålsutvalget fast at hovedregelen for tilknytningsforhold når det gjelder agentavtaler var så godt begrunnet at det ville kreve tungtveiende grunner for å velge en annen løsning. På bakgrunn av dette kom Høyesteretts kjæremålsutvalg, i motsetning til lagmannsretten til at kontraktsforholdet hadde sin nærmeste tilknytning til norsk rett.

Høyesteretts metode i dommen er et brudd med tidligere praksis idet hensynet til fastere regler blir valgt til fordel for den individualiserende metode. Til sammenligning anvendte Høyesterett den individualiserende metode i Rt.1980 s. 243 (Tampax – dommen) og

¹⁰² Jfr. avsnitt 5.1.3

¹⁰³ Jfr. avsnitt 5.1.4

Rt.1982 s. 1294 (Fotoblitz – dommen), uten at det da ble lagt særskilt vekt på realdebitors hovedsete. At Høyesterett viser til Roma – konvensjonen som en relevant rettskildefaktor å se hen til, er også et brudd med tidligere praksis. Fordi Høyesteretts kjæremålsutvalg gjør dette uten å uttale noe om hvilken status Roma - konvensjonen blir ansett for å ha for norsk rett, må betydningen av EF - retten innfortolkes. Avgjørelsen viser at Roma - konvensjonens regler om hva som presumptivt skal anses som et forholds ”nærmeste tilknytning” ved vurderingen av rettsvalgsspørsmål, er i ferd med å få gjennomslag i norsk rett. Dette innebærer en bevegelse for norsk rett i retning av mer håndfaste tilknytningsmomenter som utgangspunkt for rettsvalgsspørsmålene enn det Irma Mignon – formelen isolert sett åpner for.¹⁰⁴

Cordero – Moss har i juridisk teori¹⁰⁵ kommentert kjennelsen hvor hun påpeker at denne må anses som en positiv utvikling for norsk internasjonal privatrett, når hun uttaler at *”Det er en meget velkommen utvikling at den nærmeste tilknytning for internasjonale kontrakter også i Norge vurderes etter en generell og forutsigbar tilknytningsfaktor (realdebitors hovedsete) fremfor en skjønnsmessig vurdering, slik den individualiserende metode har lagt opp til frem til nå.”*

Det er imidlertid usikkert hvilken rekkevidde kjennelsen har. Kjæremålsutvalget fastslår at realdebitors oppholdssted er det viktigste tilknytningsmoment for agentavtaler, men det gis ikke klare indikasjoner på om dette vil være det viktigste kriteriet også i andre tilfeller. At de hensyn som gjør seg gjeldende i agentforhold også kan gjøre seg gjeldende i andre typer kontraktsforhold, kan tale for at realdebitors bopel kan bli lagt til grunn som den viktigste tilknytningsfaktor også i andre kontraktsforhold. Det er imidlertid ikke grunnlag for å fastslå at Høyesterett vil vurdere andre kontraktsforhold tilsvarende. At Høyesterett velger å anvende et kriterium fra Roma - konvensjonen som Norge ikke var bundet av, er uansett et viktig signal om at EF – retten har betydning for norsk rett. Uttalelsen innebærer slik sett en harmonisering med EF – rettens regulering på kontraktsrettens område, og med

¹⁰⁴ Korsnes (2007) s. 290-291

¹⁰⁵ Cordero – Moss (2007) TfR s. 679-117

løsørekjøpslovvalgslovens regulering som tidligere har vært begrenset til anvendelse på løsørekjøpskontrakter.

Tendensen som kommer til syne allerede i Rt.2006 s.1008¹⁰⁶ forsterkes ytterligere i Rt.2009 s.1537,¹⁰⁷ hvor Høyesterett på generelt grunnlag uttaler at EU – landenes regulering av lovvalgsspørsmål har betydning for norsk rett, begrunnet ut ifra hensynet til rettsenhet på rettsområdet. Fordi dette fastslås på et generelt grunnlag, uten å knyttes til en bestemt type kontraktsforhold, stadfester dommen at Høyesterett ønsker å anvende en ny tilnærming metode til lovvalgsspørsmål.

¹⁰⁶ Rt.2006 s. 1008 (Pharma Food - dommen)

¹⁰⁷ Rt.2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul – dommen)

4 EF – rettens lovvalgsregler for internasjonale kontrakter hvor partene ikke har foretatt et lovvalg

For at det skal kunne vurderes hvorvidt EF – retten inneholder fastere lovvalgsregler som kan komme til anvendelse når norske domstoler skal ta stilling til lovvalgsspørsmål, må det redegjøres for EF – rettens regulering av lovvalg i kontraktsforhold hvor partene ikke har foretatt et lovvalg.

Innenfor EU ble det vedtatt nye regler for lovvalg i kontraktsforhold ved EF – forordning nr. 593/2008 (Roma I), som erstattet den tidligere Roma - konvensjonen av 1980. Det fastslås i Roma I art. 24 at forordningen trer i stedet for Roma - konvensjonen i samsvar med EF – traktaten¹⁰⁸ art. 299. Forordningen trådte i kraft 17. juni 2008, men kommer bare til anvendelse på kontrakter som er inngått fra og med 17.12.2009.

Mens Roma – konvensjonen ble fremforhandlet og vedtatt i form av en konvensjon, ble Roma I vedtatt i form av en forordning, jfr. EF – traktaten art. 61 og 65. Ettersom reglene ble nedfestet i en forordning ble reglene direkte gjeldende i medlemslandene, fordi forordninger er direkte anvendbare og fortrenger den nasjonale retten innenfor sitt anvendelsesområde, jfr. EF – traktaten art. 249. Fordi en forordning ikke nødvendigvis gjør en tung ratifikasjonsprosess, sikres videre en rask og effektiv harmonisering av reglene. Videre sikres en enhetlig tolkning av reglene ved at EU – domstolen har kompetanse til autonom fortolkning av forordninger.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Traktat om opprettelse av det europeiske fellesskap av 1957

¹⁰⁹ EU – domstolen ble også gitt kompetanse til å avgjøre hvordan Roma – konvensjonen av 1980 skulle fortolkes, men dette ble nedfelt i en tilleggsprotokoll først i 1988, jfr. Roma – konvensjonen protokoll 1, art.1. Protokollen ble vedtatt etter at medlemslandene i en felleserklæring fastslo at de: *”ønsker at sikre en så effektiv gjennomførelse som mulig af konvensjonens bestemmelser og tilstræbelser at undgå, at forsjellige fortolkninger af konventionen skal skade dens enhedskarakter,”* jfr. Nielsen (1997) International privat- og

En reform av Roma - konvensjonen hadde vært planlagt lenge og var en del av Haag – programmet om å styrke frihet, sikkerhet og rett,¹¹⁰ vedtatt av det Europeiske råd i 2004. I Grønnboken¹¹¹ påpekes det at Roma - konvensjonen da var det eneste instrumentet i EUs internasjonalprivatrettslige regelverk som fortsatt var utformet som en konvensjon, og at en omdannelse til en fellesskapsakt ville skape bedre sammenheng mellom reglene. Da arbeidet med Roma I begynte, forelå allerede Brussel I – forordningen om verneting og anerkjennelse av sivile dommer, og arbeidet med Roma II-forordningen¹¹² var påbegynt. Det var derfor et behov for å tilpasse regelverkene for å gjenoppnå parallellitet mellom de internasjonalprosessrettslige og de internasjonalprivatrettslige reglene.¹¹³ Fordi det hadde vært en stor utvikling i internasjonal handel siden Roma - konvensjonen ble vedtatt i 1980, var det også et behov for å modernisere lovvalgsreglene på kontraktsrettens område. Videre hadde uensartet praktisering av konvensjonens bestemmelser vist at noen av reglene burde utformes klarere. Roma I art.1(2)¹¹⁴ fastslår at anvendelsesområde for forordningen er alle kontrakter på det sivil- og handelsrettslige område, unntatt de kontraktstyper og de områder som reguleres av særskilte lovvalgsregler, jfr. art. 1(2).

Tolkningen av Roma I er underlagt de alminnelige grunnsetninger for tolkning av forordninger, som innebærer at presiseringer av reglenes innhold fastslås gjennom EU –

procesret s. 488. Domstolene i de landene som hadde tiltrådt konvensjonen hadde også kompetanse til å anvende konvensjonens bestemmelser, men EU – domstolen avgjorde hvordan bestemmelsene skulle tolkes.

¹¹⁰ Se Roma I overveielsesgrunn nr. 5

¹¹¹ KOM (2002) 654 s. 14. Grønnboken var en redegjørelse som ble utarbeidet i forbindelse med omgjøringen fra en konvensjon til en forordning.

¹¹² Roma II - forordningen regulerer forpliktelser utenfor kontrakt

¹¹³ Wagner (2008) s. 378

¹¹⁴ Unntatt er rettshandleevne, vernetings- og voldgiftsavtaler, selskapsrettslige spørsmål, fullmaktens virkninger overfor tredjepart, prekontraktuelt ansvar, veksler, sjekker eller andre omsettelige verdipapirer

domstolens praksis. Videre kan det hentes støtte til tolkningen i fortalen,¹¹⁵ som er oppstilt i forordningen før forordningens alminnelige artikler.

Roma I bygger i stor grad på den forutgående Roma - konvensjonen.¹¹⁶ I forbindelse med arbeidet med Roma – konvensjonen ble redegjørelsen ”Betænkning om konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser” utarbeidet av M. Giuliano og P. Lagarde.¹¹⁷ Rapporten inneholdt uttalelser om de intensjoner som lå til grunn ved utarbeidelsen av konvensjonen. Denne var uoffisiell og hadde ingen bindende virkning, men skulle forenkle tolkningsarbeidet for de nasjonale domstolene som senere skulle anvende konvensjonen. Det finnes ingen tilsvarende redegjørelse for reglene i EF – forordningen Roma I.¹¹⁸ Dette taler for at Giuliano/Lagarde - rapporten også kan anvendes som rettskilde ved tolkningen av Roma I, på de områdene hvor reglene bygger på Roma - konvensjonen og i stor utstrekning viderefører prinsippene i denne.

Selv om Roma I har trådt i kraft, er det for EU – landene fastslått at Roma I ikke kommer til anvendelse på kontraktsforhold som er inngått før 17.12.2009, jfr. Roma I art. 28. Denne begrensningen verner om partenes kontraktsforutsetninger på tidspunktet for avtaleinngåelse. Når norske domstoler skal se hen til EF – retten for å vurdere om det finnes fastere lovvalgsregler som kan anvendes, er spørsmålet hvorvidt det bør sees hen til både Roma – konvensjonen og Roma I avhengig av når partene inngikk avtalen. Hensynet til vern om partenes kontraktsforutsetninger, kan ikke sies å gjøre seg gjeldende for norske avtaleparter som har sluttet en avtale med forutsetning om at norske lovvalgsregler skal regulere lovvalget dersom de ikke hadde foretatt et lovvalg. Når det etter

¹¹⁵ Fortalen er en innledende tekst hvor formålet med de senere bestemmelser formuleres. Selv om det ikke kan utledes rettigheter og plikter av fortalene, spiller de en stor rolle ved tolkningen av lovteksten, jfr. Sejersted (2004) s. 55

¹¹⁶ Briggs (2008) s. 181 ”*Few (adjustments) are of real significance, and none is for the worse.*” Andre rettsteoretikere har imidlertid hevdet at de nye reglene innebar en stor endring, jfr. nedenfor.

¹¹⁷ Ofte henvist til som Giuliano/Lagarde – rapporten av 1980

¹¹⁸ Reithmann/Martiny (2010) s. 53-54

avtaleinngåelsestidspunktet fastslås i rettspraksis at det skal tilstrebes rettsenhet med EF - retten, er dette en presisering av tilnærmingsmetoden til lovvalgsspørsmål som Høyesterett har myndighet til å gjøre, og som ikke kommer i konflikt med de forutsetninger partene hadde på kontraktsinngåelsestidspunktet. Det er derfor grunn til å tro at tidsbegrensningen med hensyn til forordningens anvendelsesområde ikke får tilsvarende anvendelse på norske kontraktsforhold, og at det er de nye reglene i Roma I som vil bli tatt i betraktning uavhengig av partenes kontraktsinngåelsestidspunkt.

Selv om norske domstoler ikke skal se hen til den forutgående Roma – konvensjonen når de skal vurdere lovvalget i kontraktsforhold, kan det på grunn av sammenhengen mellom Roma – konvensjonen og Roma I, ved en redegjørelse av EF – rettens regulering av lovvalg i kontraktsforhold, være relevant å sammenligne med de forutgående reglene. Jeg vil derfor først redegjøre for hvordan den forutgående Roma – konvensjonen art. 4 regulerte lovvalg i kontraktsforhold hvor partene ikke hadde foretatt et lovvalg. En slik oppbygning vil belyse formålet med endringene i struktur, og med den presisering av reglene som ble gjort ved utarbeidelse av Roma I.

4.1 Den forutgående Roma – konvensjonen art. 4

Dersom partene ikke hadde foretatt et lovvalg etter Roma – konvensjonen art. 3, skulle lovvalget styres av de objektive tilknytningsfaktorene i art. 4. Hovedregelen i Roma - konvensjonen art. 4(1) fastslo det grunnleggende internasjonalprivatrettslige prinsipp om at kontrakten skulle reguleres av retten i det landet hvor kontrakten hadde sin ”nærmeste tilknytning.”¹¹⁹ Dette utgangspunktet innebar at lovvalget skulle avgjøres ut fra et skjønn som åpnet for å se hen til en rekke kriterier. Uten at det kunne oppstilles en uttømmende liste over de kriterier som kunne være relevante, kunne det tas hensyn til partenes bopel, hjemsteder/ forretningssteder, forhandlingsstedet for kontrakten, kontraktens inngåelsessted, kontraktens oppfylleelsessted og pådømmelsesstedet.¹²⁰ Denne regelen åpnet

¹¹⁹ Wagner (2008) s. 380

¹²⁰ Nielsen (2006) s. 152

i seg selv for en betydelig fleksibilitet og rom for en konkret vurdering av den enkelte sak.¹²¹

Hovedregelen i art. 4(1), som fikk tilnavnet den individualiserende metode, ble utfyllt av tre formodningsregler i andre til fjerde ledd. Formålet med disse formodningsreglene var å begrense det skjønn som var innebygget i den individualiserende metode.¹²²

I art. 4(2) var det oppstilt en presumpsjon om at en kontrakt ble ansett for å ha sin nærmeste tilknytning til det landet hvor den som skulle prestere den ”karakteristiske ytelse” hadde sitt alminnelige oppholdssted. Den karakteristiske ytelse var etter denne regelen den ytelsen som gav kontrakten sitt rettslige preg.¹²³ Ved fortolkningen av uttrykket ” den karakteristiske ytelse” viser Giuliano Lagarde – rapporten til den kontraktstypelære som i lang tid hadde utviklet seg i teori og praksis i flere land.¹²⁴ Den grunnleggende tanken var at de ytre omstendigheter, som det stedet hvor kontrakten ble inngått eller partenes statsborgerskap, ikke hadde noe med skyldforholdets natur å gjøre, og derfor heller ikke burde styre rettsanvendelsen. Derimot burde det enkelte rettsforholds egenart utpeke rettsreglene. Det karakteristiske ved et skyldforhold, var det som adskilte denne fra andre kontraktstyper, og ville ofte være den ytelsen som gav kontrakten sitt navn. Mens den karakteristiske ytelsen som regel ikke ville kunne unngjeldes i kontrakten, var pengeytelsen uspesifisert og kunne være en gjengjeldelse for svært ulike ytelser. Dersom en pengeytelse og en tingsytelse skulle ytes mot hverandre, så ville kontraktsforholdet som regel karakteriseres gjennom retten til den kontraktsparten som skulle prestere naturalytelsen.¹²⁵ Avgrensningen mot pengeytelser ville imidlertid ikke være tilstrekkelig dersom begge parter skulle prestere en pengeytelse eller en tingsytelse (bytte). I disse tilfellene så man

¹²¹ Roma – konvensjonen art. 4(1) er slik sett sammenlignbar med slik den individualiserende metode har blitt anvendt i norsk rett.

¹²² Nielsen (2006) s. 152

¹²³ Kropholler (2006) s. 468

¹²⁴ Reithmann/Martiny (2010) s. 143

¹²⁵ Reithmann/Martiny (2010) s. 144

hen til innholdet av forpliktelsen, med hensyn til yrkestypiskhet, risikoansvar og økonomisk tyngde. Dersom kontrakten besto av et knippe forpliktelser mellom partene, var det avgjørende hvor kontrakten hadde sitt tyngdepunkt.¹²⁶

I tredje og fjerde ledd var det oppstilt formodninger for bestemte kontraktstyper som konkretiserte grunnregelen i første ledd for kontrakter som gjaldt fast eiendom og transportavtaler.

Regelen om ”den karakteristiske ytelse” i andre ledd utgjorde kjerneregelen i art. 4, fordi denne i motsetning til tredje og fjerde ledd ikke var begrenset til bestemte kontraktstyper. I femte ledd var det oppstilt en unntaksklausul som åpnet for å se bort fra presumsjonen i andre ledd dersom den karakteristiske ytelsen i kontrakten ikke kunne identifiseres, eller dersom de samlede omstendigheter viste at kontrakten hadde nærmere tilknytning til et annet lands rett.

Roma – konvensjonen art. 4 hadde en komplisert struktur. Henvisningen til den ”nærmeste tilknytning” i første ledd innebar i realiteten en videre henvisning til presumsjonene i andre til fjerde ledd. Grunnsetningen om den ”karakteristiske ytelse” i art. 4(2) konkretiserte prinsippet om ”den nærmeste tilknytning” i art. 4(1) ved å knytte dette til objektive kriterier. Regelen var også en komplisert kombinasjon av å være fleksibel og lite fleksibel. Presumsjonene skulle på den ene side ”temme” dommerens diskresjon under første ledd, og utpeke retten i det landet hvor den nærmeste tilknytning antageligvis fantes. På den annen side kunne unntaksklausulen anvendes dersom en presumsjon ikke virket i overensstemmelse med sin hensikt. Den praktiske rettsanvendelsen av regelen førte enten til at formodningene i andre til fjerde ledd grep inn og styrte det objektive rettsvalget, eller at rettsvalget ble fastslått ut ifra en vurdering av generalklausulen om den ”nærmeste tilknytning” etter femte ledd.

¹²⁶ Reithmann/Martiny (2010) s. 142

Forholdet mellom presumpsjonene i andre til fjerde ledd og unntaksklausulen i femte ledd var også usikkert,¹²⁷ og Roma – konvensjonen ble på dette punkt tolket ulikt. Enkelte land (som Nederland og Tyskland) tolket presumpsjonen i annet ledd som en sterk presumpsjon, mens de tolket unntaket i femte ledd som en helt eksepsjonell adgang til å se bort fra den faste tilknytningsfaktoren som er nedfelt i presumpsjonen. Andre land (som England og Danmark) tolket presumpsjonen som svak, slik at det ville være nok å bevise en nærmere tilknytning til et annet land for å sette presumpsjonen ut av spill.¹²⁸

4.2 Roma I art. 4

Hovedregelen for lovvalg i kontraktsforhold i Roma I er partsautonomi, som gir partene adgang til uttrykkelig eller stilltiende å foreta et lovvalg, jfr. art. 3 (”Lovvalg ved aftale”). Når partene har benyttet denne muligheten styres lovvalget av en subjektiv tilknytningsfaktor. Dersom partene ikke har foretatt et lovvalg etter art. 3 og det ikke dreier seg om en kontrakt som reguleres av de særlige lovvalsreglene i art. 5 til art. 8,¹²⁹ reguleres lovvalget av de objektive tilknytningsfaktorene i art. 4.

Art. 4(1) oppstiller faste tilknytningsfaktorer for bestemte kontraktstyper til å utpeke den retten som skal regulere kontraktsforholdet. Ved utarbeidelsen av forordningen var en av målsetningene å gjøre reglene enklere å anvende for jurister som ikke hadde internasjonal privatrett som sitt spesialfelt. Dette hensynet ble ivaretatt ved å oppstille faste lovvalsregler for typiske tilfeller i art. 4(1), som kunne anvendes direkte og som ikke nødvendiggjorde inngående tolkning av det konkrete tilfelle.

Med hensyn til spørsmålet om hvorvidt Roma I art. 4 er en endring eller en videreføring av de forutgående reglene i Roma – konvensjonen art. 4, er det ikke enighet i teorien. Wagner

¹²⁷ Lando (2007) s. 327

¹²⁸ Cordero – Moss (2009) s. 77

¹²⁹ I disse artiklene oppstilles særlige lovvalsregler som ivaretar den svake part i bestemte kontraktsforhold: art. 5 (transportkontrakter), art. 6 (bestemte forbrukerkontrakter), art. 7 (forsikringskontrakter), art. 8 (arbeidskontrakter)

uttaler at forordningen skulle forenkle strukturen og modernisere reglene i den forutgående konvensjonen, men at det ikke var et ønske om å endre reglene innholdsmessig.¹³⁰ Regelen skulle materielt være den samme, med en målsetning om at den retten som saksforholdet hadde sin nærmeste tilknytning til skulle komme til anvendelse. I dansk juridisk litteratur omtales imidlertid den nye utformingen av art. 4, som på dette tidspunktet var et kommisjonsforslag som en ”*radikal ændring*.”¹³¹ Om bestemmelsen er en endring eller videreføring av den eldre regelen avhenger også av hvilket lands praksis det sees hen til, fordi Roma – konvensjonen art. 4 ble tolket ulikt. Den største tolkningsuenigheten knyttet seg til forholdet mellom presumpsjonen i Roma - konvensjonens annet ledd og unntaksregelen i femte ledd.¹³² For landene som anså presumpsjonen i annet ledd som svak og gav unntaksklausulen et vidt anvendelsesområde, representerer de nye reglene en betydelig innskrenkning.¹³³ For de landene som anså presumpsjonen som sterk og gav unntaksklausulen et snevert anvendelsesområde, består de nye reglene heller i en presisering av de eldre reglene enn i en endring. Overgangen fra subjektive til detaljerte objektive tilknytningsfaktorer for lovvalget kan da forstås som en videreutvikling av reglene, snarere enn en endring.

Ved vurderingen av hvor mange regler med faste tilknytningsfaktorer som skulle oppstilles, måtte hensynet til forutsigbarhet på den ene siden avveies mot hensynet til vanskelige avgrensningsspørsmål på den andre siden. Det skulle finnes frem til presise kollisjonsnormer, men disse skulle samtidig være av et begrenset antall, slik at det ble minst mulig overlapping mellom reglene. Dette kompromisset besto i å angi presise tilknytningsregler for kontraktstyper som ofte var i bruk.¹³⁴ Reglene øker rettssikkerheten

¹³⁰ Wagner (2008) s. 380 flg.

¹³¹ Nielsen (2006) s. 200

¹³² Jfr. avsnitt 4.1

¹³³ I Nielsen (2006) s. 200 uttales det at den nye forordningen som på dette tidspunktet kun var et forslag fra Kommisjonen ”*foreslår... en radikal ændring, hvorefter det skal gælde faste lovvalgsregler for en række anførte kontraktarter*”

¹³⁴ Wagner (2008) s. 382

på rettsområdet, og de tolkningsspørsmål som står åpne vil besvares ettersom det kommer rettspraksis på området. Mens differensieringen etter kontraktens egenart ivaretar hensynet til en rettferdig behandling av enkelttilfelle, ivaretar en oppstilling av kollisjonsregler hensynet til rettssikkerhet.¹³⁵ I denne avhandlingen redegjøres det ikke for Roma I art. 4 i sin helhet, men kun for de regler det kan være aktuelt å anvende i dommene nedenfor.¹³⁶

Kontrakter som gjelder løsørekjøp, er underlagt retten på det stedet hvor selgeren har sitt alminnelige oppholdssted, jfr. art. 4(1)(a). Tidspunktet for avtaleslutning avgjør spørsmålet om alminnelig oppholdssted, jfr. art. 19(3). Med løsøre omfattes i prinsippet alle former for salg, det være seg betinget salg, avdragssalg eller varer som skal produseres. Med varer menes løsøre, til forskjell fra fast eiendom og rettigheter.¹³⁷

Kontrakter som gjelder tjenesteytelser, er underlagt retten på det stedet hvor tjenesteyteren har sitt alminnelige oppholdssted, jfr. art. 4(1)(b). Regelen er i overensstemmelse med prinsippet om den ”karakteristiske ytelse,” som behandles nærmere nedenfor. Prinsippet tilsier at det er tjenesteyterens alminnelige oppholdssted som avgjør rettsvalget, fordi det er denne som erlegger den ytelsen som er karakteristisk for avtalen. Begrepet ”tjenesteytelser” skal her forstås vidt, og omfatter alle typer tjenesteytelser.¹³⁸ I teorien¹³⁹ er det fastslått at enhver tjeneste som en person yter for en annen er omfattet. Det følger av overveielsergrunn 17 at ”levering af tjenesteydelser” og ”varesalg” skal tolkes i overensstemmelse med EF – forordningen nr. 44/2001 (Brussel I) art. 5, så langt salget av løsøre og ytelse av tjenester faller under forordningen.¹⁴⁰

¹³⁵ Reithmann/Martiny (2010) s. 143

¹³⁶ Jfr. avsnitt 5.1

¹³⁷ Begrepet skal tolkes i overensstemmelse med Brussel I art. 5(1) (b) og CISG art. 1, jfr. Ulrich (2009) s. 36

¹³⁸ Forordning 44/2001 (Brussel I) art. 5(1)(b) og EF – traktaten art.50 kan anvendes ved fortolkningen av hva som menes med tjenesteytelser

¹³⁹ Ulrich (2009) s. 37-38

¹⁴⁰ Reithmann/Martiny (2010) s. 138

Salgskontrakter er underlagt retten i det landet hvor forhandleren har sitt alminnelige oppholdssted, jfr. art. 4(1)(f).

Dersom kontrakten ikke kan tilordnes en av de spesifiserte kontraktstyper i art. 4(1), eller er en krysning mellom flere av disse, skal kontraktsforholdet reguleres av retten på det stedet hvor den som skal prestere den ”karakteristiske ytelse” har sitt alminnelige oppholdssted, jfr. art. 4(2).¹⁴¹ En regel som henviser til det karakteristiske ved et kontraktsforhold gjør det mulig å på forhånd oppstille bestemte regler for den enkelte kontraktstype, og fører til en oppbygning av bestemte kontraktstypiske tilknytningsfaktorer. Kontrakter med samme funksjon og med de samme interesser deler følgelig den samme kollisjonsrettslige skjebne, og deres særegenhet preger kollisjonsreglen.¹⁴² I motsetning til en metode basert på den individualiserte tilknytning, byr dette på resultatfordelene av enkelhet, klarhet og forutsigbarhet. En definisjon av begrepet ”den karakteristiske ytelse”¹⁴³ blir ikke gitt i forordningen, men Giuliano Lagarde – rapporten er en relevant kilde ved tolkning av begrepet.

I Roma I art. 4(3) oppstilles en unntaksklausul som fastslår at kontrakten skal tilordnes det rettssystemet som den etter en helhetsvurdering har sin nærmeste tilknytning til, og åpner dermed for at det kan være et annet rettssystem enn det som utpekes etter første og andre ledd. Ved utarbeidelsen av forordningen ble det i overveielsergrunn 20 fastslått at det skulle oppstilles en unntaksklausul for de tilfellene hvor en kontrakt åpenbart har nærmere tilknytning til et annet land enn det som utpekes etter første og andre ledd. Regelen innskrenker de forutgående reglene om spesifiserte kontrakter og andre tilknytningsmomenter. Begrunnelsen for unntaksregelen er at det forekommer tilfeller hvor den alminnelige tilknytningsregelen ikke fører til riktig resultat for kontraktsinnretningen, og hvor en anvendelse av den individualiserende metode vil være det riktige. Domstolene

¹⁴¹ Det følger også av overveielsergrunn 19 at det først skal vurderes om kontraktstypene som er spesifisert i art. 4(1) kan anvendes

¹⁴² Reithmann/Martiny (2010) s. 144

¹⁴³ ”Der charakteristischen Leistung”/”the performance which is characteristic of the contract”

må derfor ha et visst spillerom til å gjøre unntak fra grunnregelen, når formålet om å knytte rettsforholdet til det rettsystemet hvor det har sin nærmeste tilknytning ikke lenger oppnås. Bestemmelsen er viktig fordi den innskrenker rekkevidden av tilknytningsmomentene i første og annet ledd vesentlig, dersom disse blir tolket vidt.¹⁴⁴ Det er totaliteten av omstendigheter som er avgjørende,¹⁴⁵ men forordningen angir ikke hvilke omstendigheter som kommer i betraktning.

Dersom kontrakten ikke kan tilordnes noen av de spesielle kollisjonsnormene, og det ikke kan fastslås noen karakteristisk ytelse, skal kontrakten reguleres etter den retten hvor kontrakten har sin nærmeste tilknytning, jfr. art. 4(4). I forordningen har denne regelen som oppgave å fange opp de tilfellene hvor lovvalget ikke kan fastslås etter de spesifiserte regler, eller hvor kontraktens karakteristiske ytelse ikke kan utpekes. Begrepet ”nærmeste tilknytning” blir ikke nærmere forklart utover at det vises til de forbindelser som kontrakter viser til.¹⁴⁶ Resultatet må avledes av en helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle, fordi det ikke finnes ytterligere regler for å regulere lovvalget.

Roma I art. 4 er bygget opp i tre ledd. De faste tilknytningsfaktorene som følger av første ledd vil i de fleste tilfeller være kontraktens karakteristiske ytelse. For andre kontrakter, hvor en karakteristisk ytelse kan identifiseres, er retten i landet til den parten som presterer denne ytelsen avgjørende, jfr. andre ledd. I kontrakter hvor det ikke kan identifiseres en karakteristisk ytelse, skal det foretas en vurdering av kontraktens nærmeste tilknytning, jfr. tredje ledd. Mens de to første reglene er klare lovvalgsregler som ivaretar hensynet til forutsigbarhet, åpner den tredje for en fleksibel tilnærming gjennom en vurdering av den nærmeste tilknytning. I teorien¹⁴⁷ har det blitt hevdet at Roma I er et radikalt brudd med den kompliserte strukturen i den tidligere Roma – konvensjonen, og at den vil gi mer forutsigbarhet for partene.

¹⁴⁴ Reithmann/Martiny (2010) s. 152

¹⁴⁵ ”Die Gesamtheit der Umstände”/”the circumstances as a whole”

¹⁴⁶ Reithmann/Martiny (2010) s. 159

¹⁴⁷ Lando (2007) s. 329

I art. 4 vises det til ”det alminnelige oppholdssted,” som er definert i art. 19. For selskaper, foreninger og juridiske personer regnes det alminnelige oppholdssted som det stedet hvor disse har sin hovedforvaltning, jfr. første ledd. For naturlige personer som handler i utøvelse av næringsvirksomhet er det avgjørende hvor denne har sin hovedavdeling, jfr. første ledd. Dersom kontrakten blir sluttet innenfor virksomheten til en del - avdeling, agentur eller lignende avdelinger, så avgjøres rettsvalget på samme måte, og med avgjørende vekt på hvor disse befinner seg, jfr. andre ledd. Det avgjørende vil være hvor kontraktspartens oppholdssted var på kontraktstidspunktet, jfr. art. 19, tredje ledd.

4.3 Er prinsippet om den nærmeste tilknytning i norsk ulovfestet rett og i EF – retten sammenfallende?

Etter sin ordlyd samstemmer den individualiserende metode i norsk ulovfestet rett både med prinsippet som er nedfelt Roma I art. 4(4), og med prinsippet som var nedfelt i den forutgående Roma - konvensjonen art. 4(1). De like formuleringene kan få det til å se ut som de norske ulovfestede reglene og EF – retten er sammenfallende. Fordi rettsanvendelsen er sterkt påvirket av rettstradisjonen, vil den konkrete rettanvendelsen føre til at tilsynelatende like reguleringer anvendes ulikt.¹⁴⁸ Til tross for at reglene er basert på samme prinsipp, har den norske ulovfestede retten en annen tilnærming enn EF - retten.¹⁴⁹ Den sentrale forskjellen er at EF – retten innholdet regler som er ment å innskrenke den frie skjønnsutøvelsen som den individualiserende metode oppstiller. I Roma I - forordningen art. 4(1) er det angitt faste tilknytningskriterier for lovvalget. Den tidligere Roma - konvensjonen hadde en fleksibel tilnærming i art. 4(1) som knyttet kontrakten til det landet hvor den hadde sin nærmeste tilknytning, men i denne bestemmelsen ble utgangspunktet sterkt objektivisert gjennom presumsjonen om realdebitors hovedsete i art. 4(2).

Høyesteretts bruk av den individualiserende metode i dommene det redegjøres for i avsnitt 5.1, viser at Høyesterett ikke har hatt en ensartet fremgangsmåte ved tilnærming til

¹⁴⁸ Cordero - Moss (2007) s. 679

¹⁴⁹ Cordero - Moss (2007) s. 692

lovvalgsspørsmålet.¹⁵⁰ Høyesterett har ikke foretatt en analyse av rettsforholdet med sikte på å peke ut en presis lovvalgsregel, det har blitt lagt vekt på ulike tilknytningskriterier og det har ikke blitt presisert hvordan disse har blitt veid opp mot hverandre. Den utstrakte bruken av metoden i eldre rettspraksis, viser en skepsis mot å anvende faste lovvalgsregler og synliggjør en tendens til å gi Irma Mignon – formelens tilnærming et bredt anvendelsesområde. Når Høyesterett vurderer sakens nærmeste tilknytning, uten å ta stilling til om det finnes en særlig tilknytningsfaktor som i prinsippet kommer til anvendelse, er dette en annen tilnærming til lovvalget enn den som følger av EF – retten. Ved anvendelse av metoden unngås en komplisert lovvalgsdrøftelse, og det gis betydelig spillerom for fleksibilitet og dommerens skjønnsutøvelse. Dette viser at de like formuleringene i norsk internasjonal privatrett og EF – retten ikke betyr at reglene er de samme, fordi måten metoden anvendes på fører til at det er reelle forskjeller mellom de tilsynelatende likhetene.¹⁵¹

Prinsippet om at rettsforholdet skal vurderes etter retten på det stedet hvor det har sin nærmeste tilknytning, er i overensstemmelse med den internasjonale privatrett som Freidrich Carl von Savigny allerede i 1849 la grunnlaget for i sitt verk ”System des heutigen römischen Rechts.”¹⁵² Han uttaler at rettsanvenderens oppgave ved vurderingen av lovvalgsspørsmål, besto i å avdekke rettsforholdets eiendommelige natur og å finne frem til dets geografiske sete (”Sitz”).¹⁵³ En anvendelse av metoden skulle ikke bestå i en

¹⁵⁰ Rt.1931 s. 1185 (Thams – dommen), Rt.1937 s. 888 (Gullklausul – dommen), Rt.1980. 243 (Tampax – dommen), Rt.1982 s. 1294 (Fotoblitz – dommen)

¹⁵¹ Cordero – Moss belyser de tilsynelatende likhetene og reelle forskjellene mellom norsk retts og EF – rettens regulering av lovvalg i kontraktsforhold i sin artikkel i Tidsskrift for rettsvitenskap 2007 s. 679-717

¹⁵² Thue (1965) s. 589 I artikkelen fastslås at selv om italieneren Aldricus i det tolvte århundre var den første som var inne på teorien om ”den nærmeste tilknytning,” er det Savigny som av de fleste anses som metodens far

¹⁵³ Konow (2006) s. 246 påpeker at det er en svakhet ved Rt.1923 II s. 58 (Irma Mignon – dommen) at det ikke ble formulert nærmere hva som var bakgrunnen for valget av lovvalgsmetoden, eller presisert hvilke rettskilder som støttet denne som et alminnelig prinsipp i norsk rett, og at domstolene nok i realiteten var

fleksibel skjønnsvurdering av det enkelte tilfelle, men føre til en inndeling av de kontraktsrettslige skyldforholdene i typetilfeller.¹⁵⁴ Valget av begrepet ”Sitz” ble kritisert fordi det kunne misforstås som en henvisning til å søke etter ”sete” for det enkelte rettsforhold, slik Irma Mignon – formelen anvendes i norsk rett. Hensikten var derimot at praksis skulle inndeke kontraktene i typetilfeller. At det skulle finnes frem til typetilfeller, heller at det ble foretatt en konkret vurdering av det enkelte tilfelle, gjør at det er grunnlag for å si at EF – rettens metode ligger nærmere teorien til Savigny enn den norske individualiserende metode. Essensen i Savignys prinsipp kan vi gjenkjenne i både norsk og europeisk internasjonal privatrett, selv om dette har blitt omformulert en rekke ganger.¹⁵⁵

rettsskapende i dommen. Videre uttales at det må antas at Høyesterett lot seg inspirere av Savignys lære om den nærmeste tilknytning.

¹⁵⁴ Thue (2002) s. 867 flg.

¹⁵⁵ Lehmann (2010) s. 245

5 Metoden i obiter dictum i Rt.2009 s. 1537 anvendt på eldre rettspraksis

Med utgangspunkt i eldre rettspraksis vil jeg her belyse hvilken betydning obiter dictum i Rt.2009 s. 1537¹⁵⁶ kan få for fremtidige saker i kontraktsforhold hvor partene ikke har foretatt et lovvalg, dersom den metoden den angir kommer til anvendelse.

Jeg foretar først en analyse av hvordan Høyesterett anvendte den individualiserende metode i eldre rettspraksis, herunder hvilke kriterier de la vekt på ved vurderingen av lovvalgsspørsmålet. Deretter vil jeg med utgangspunkt i den metoden som angis i obiter dicta i Rt.2009 s. 1537, vurdere hva resultatet av lovvalgsvurderingen hadde blitt dersom den metoden den tar til orde for hadde blitt anvendt i en tilsvarende sak. Fordi den EF – retten som anvendes på de eldre dommene ikke eksisterte på det tidspunktet de eldre dommene ble avsagt, er dette kun en konstruksjon som benyttes for å belyse hvordan tilsvarende saker vil kunne bli vurdert. Formålet med dette er å kaste lys over anvendelsespotensialet til EF – rettens fastere lovvalgsregler i norsk rett ved anvendelse av den ”nye” metoden.

5.1 Eldre rettspraksis

5.1.1 Rt.1931 s. 1185 (Thams – dommen)

I Rt.1931 s. 1185 (Thams – dommen) behandlet Høyesterett spørsmålet om lovvalg i en sak hvor en nordmann som var bosatt i Frankrike hadde påtatt seg et oppdrag om å kjøpe en aksjepost i et utenlands selskap, og videreselge denne til sin norske oppdragsgiver. Aksjeposten var allerede kjøpt og ble i realiteten solgt direkte til oppdragsgiveren til overkurs, uten at han kjente til det. Når oppdragsgiveren senere fikk kjennskap til det, fremmet han restitusjonskrav mot mellommannen på grunn av svik. Siden rettsforholdet

¹⁵⁶ Rt.2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul - dommen)

hadde tilknytning til både Norge og Frankrike, måtte Høyesterett foreta et lovvalg mellom norsk og fransk rett.

Ettersom verken norsk lov, en konvensjon Norge hadde tiltrådt, eller fast rettspraksis kunne løse lovvalgsspørsmålet, ble vurderingstemaet hvor saken hadde sin nærmeste tilknytning, jfr. Irma Mignon – formelen. Tilknytningsfaktorene som ble ansett som relevante i saken var at transaksjonen ble foretatt mellom to nordmenn, at det dreide seg om en stor og for en tid uomsettelig aksjepost og at transaksjonen ikke fant sted på det åpne marked. De som hadde interesser i selskapet var, foruten fyrsten av Monaco, norske og svenske venner og bekjente av nordmannen som var bosatt i Frankrike og som alle handlet gjennom ham. Etter en samlet vurdering kom førstvoterende til at saken hadde sin nærmeste tilknytning til Norge.

5.1.1.1 En vurdering av Rt.1931 s. 1185 etter reglene i Roma I

Partene i saken hadde ikke avtalt hvilke rettsregler som skulle regulere deres kontrakt om kjøp og videresalg av en aksjepost, og spørsmålet er hvordan EF - rettens faste lovvalsregler vil avgjøre lovvalgsspørsmålet i saken.

Det er ikke et kontraktsforhold som er omfattet av de særlige lovvalsreglene i art. 5 til art. 8. Kjøp av verdipapirer er heller ikke en type kontraktsforhold som har oppstilt faste tilknytningsfaktorer etter art. 4(1).

Spørsmålet er derfor om kontrakten kan anses for å være et kjøp av en tjenesteytelse, jfr. Roma I art. 4(1)(b). Begrepet ”tjenesteytelse” skal tolkes vidt og EF – traktaten art. 50 kan anvendes for å fastsette det nærmere innholdet. Etter EF – traktaten art. 50 skal tjenester forstås som alle ytelser som vanligvis finner sted mot betaling, herunder ethvert arbeid noen utfører for en annen. Det var ikke avtalt at mellommannen skulle motta en godtgjørelse for å kjøpe og videreselge aksjeposten. Å kjøpe og videreselge en aksjepost kan anses som en tjeneste som vanligvis finner sted mot betaling, da dette er noe banker og verdipapirforetak bistår med som del av sin forretningsvirksomhet. Når mellommannen

ikke mottar noen motytelse, og det heller ikke fremkommer at dette var noe som ble gjennomført i næringsøyemed, kan jeg likevel ikke finne at det er tale om en tjenesteytelse i regelens forstand.

Dersom tilknytningsfaktorene i art. 4(1) ikke kan anvendes, er spørsmålet hvem som skal yte den karakteristiske ytelsen ved en kontrakt om kjøp og videresalg av verdipapirer, jfr. art. 4(2). Det karakteristiske ved en kontrakt er dennes tyngdepunkt, og det som gjør at den skiller seg fra andre kontrakter. I dette kontraktsforholdet er aksjeposten kontraktens tyngdepunkt som ikke kan tenkes bort, mens pengeytelsen må anses som en motytelse.

Det avgjørende momentet er da hvor selgeren av aksjeposten har sitt alminnelige oppholdssted. Når det skal finnes frem til det alminnelige oppholdssted, må det fastslås om mellommannen opptro som privatperson eller i næringsvirksomhet. Aksjeposten selges ikke gjennom et selskap, men mellommannen var engasjert i ulike former for forretningsvirksomhet. I dommen vektlegges det at videresalget måtte anses som en vennetjeneste. At dette elementet var til stede, utelukker imidlertid ikke at mellommannen også hadde økonomiske interesser i transaksjonen, eller at transaksjonen var en del av hans forretningsvirksomhet. Han handler ikke i rammen av et selskap, men må anses som en privatperson som opptrer i rammen av sin næringsvirksomhet. Det alminnelige oppholdsstedet i slike tilfeller er det stedet hvor denne har sin hovedavdeling, jfr. art. 19(1). I saken var selgeren bosatt i Frankrike og bisto den norske oppdragsgiveren derfra. Selv om mellommannen var norsk statsborger fremkommer det ikke noe om at han har drevet sin næringsvirksomhet fra Norge. Jeg legger derfor til grunn at han hadde sitt alminnelige oppholdssted i Frankrike.

Det avgjørende er hvor tjenesteyteren hadde sitt alminnelige oppholdssted på kontraktinngåelsestidspunktet, jfr. art. 19(3). Korrespondansen mellom Frankrike og Norge i den perioden transaksjonen ble gjennomført, viser at mellommannens alminnelige oppholdssted på tidspunktet for avtaleinngåelsen var Frankrike.

Det finnes ikke avvikende norsk lovregulering som kan føre til at EF – retten ikke kan anvendes på kontraktsforholdet.

Dersom metoden det tas til orde for i Rt.2009 s. 1537 hadde blitt anvendt i en tilsvarende sak som denne, og Høyesterett hadde sett hen til EF – rettens fastere lovvalgsregler, ville en anvendelse av lovvalgsreglene i Roma I art. 4(2) føre til at fransk rett hadde kommet til anvendelse på kontraktsforholdet.

5.1.2 Rt.1937 s. 888 (Gullklausul – dommen)

I Rt.1937 s. 888 (Gullklausul – dommen) behandlet Høyesterett et krav fra norske obligasjonseieres om å få utbetalt sine obligasjonskrav fra den norske stat etter gullverdi. Obligasjonskravene stammet fra årene 1922-1928, hvor den norske stat tok opp obligasjonslån i Amerika, som i følge obligasjonsteksten skulle tilbakebetales i gulldollar. Etter at en amerikansk lovendring i 1933 erklærte pengesedler som lovlig betalingsmiddel, anla tre norske obligasjonssinnehavere sak mot staten og krevde å få utbetalt disse etter gjeldende gullverdi. For å behandle kravet om utbetaling i gullverdi måtte Høyesterett avgjøre om norsk og amerikansk rett skulle regulere kontrakten.

Fordi det ikke var nedfelt i obligasjonsteksten hvilken rett som skulle få anvendelse på tvister som knyttet seg til obligasjonslånene, ble det foretatt en vurdering av kontraktsforholdet med utgangspunkt i den individualiserende metode. Førstvoterende fastslo at det at den norske stat er skyldner i låneforholdet ikke i seg selv førte til at norsk rett kom til anvendelse, og viste til at det her var tale om privatrettslige forpliktelser som staten har påtatt seg. Derimot var det av betydning at de enkelte obligasjoner betegnet seg som tilhørende en emisjon av et utenlandsk lån, at lånebeløpet var oppgitt i dollar og at både lånebeløpet og tilkommende renter skulle betales til lånets fiskalagent i New York. Videre ble lagt vekt på at obligasjonene var undertegnet av den norske minister i Washington, og at det i hver obligasjonstekst var oppgitt at den ikke var gyldig før fiskalagenten hadde utferdiget et sertifikat. Registrering av obligasjonen i eierens navn fant også sted hos fiskalagenten, som videre skulle besørge uttrekning av obligasjoner samt

kunngjøring av disse i to dagsaviser i New York. Obligasjonene var utstedt på engelsk og utformet på en måte som var karakteristisk for obligasjoner som var beregnet til å omsettes på det amerikanske markedet. I denne saken var det en overvekt av holdepunkter som knyttet kontraktsforholdet til Amerika, og førstvoterende kom etter en samlet vurdering til at rettsforholdet hadde sin nærmeste tilknytning til Amerika. Kravet om utbetaling i gullverdi måtte derfor vurderes etter amerikansk rett.

I dommen ble det lagt vekt på en rekke faktorer som knyttet til den konkrete avtalen, herunder det marked kontrakten skulle fungere i. Det som kan utledes av dommen er at lovvalgsspørsmål der den rettslige problemstillingen er knyttet til selve dokumentet, bør ta hensyn til det markedet som dokumentet er ment for.¹⁵⁷

5.1.2.1 En vurdering av Rt.1937 s. 888 etter reglene i Roma I

I mangel av en avtale om lovvalget, er spørsmålet om EF – retten inneholder fastere lovvalsregler som kan avgjøre lovvalgsspørsmålet i kontraktsforholdet som gjaldt kjøp av obligasjonslån i Amerika.

Dette er ikke et kontraktsforhold hvor de særlige reglene i art. 5 til art. 8 kommer til anvendelse. Roma I art. 4(1) har ingen fast tilknytningsfaktor for kontrakter som omhandler verdipapirkjøp.

Spørsmålet er om det kan utpekes en karakteristisk ytelse i kontraktsforholdet, slik at lovvalgsspørsmålet kan avgjøres etter art. 4(2). Etter art. 4(2) skal kontrakten reguleres av retten i det landet hvor den parten som skal yte den ”karakteristiske ytelse” har sitt alminnelige oppholdssted. Den karakteristiske ytelse er den ytelsen som gir kontraktsforholdet sin egenart. I et kontraktsforhold om kjøp av verdipapirer er verdipapirene den karakteristiske ytelse, mens vederlaget som skal betales for denne må anses som en motytelse. Den amerikanske part som utsteder obligasjonslånene er derfor

¹⁵⁷ Konow (2006) s. 322-323

den som skal prestere den karakteristiske ytelse, og rettsforholdet skal derfor bedømmes etter retten på det stedet hvor denne har sitt alminnelige oppholdssted.

Det er den amerikanske stat som utsteder statsobligasjoner, men handelen skjer gjennom lånets fiskalagent, The National Bank of New York, som blir part i kontraktsforholdet. Etter art. 19(1) er det for selskaper, foreninger og juridiske personer avgjørende hvor disse har sin hovedforvaltning. Det oppgis at fiskalagenten hadde sitt kontor i New York, og det legges derfor til grunn at det var der selskapet hadde sin hovedavdeling.

Det finnes ikke avvikende norsk lovregulering som kan føre til at EF – retten ikke kan anvendes på kontraktsforholdet.

Dersom metoden det tas til orde for i Rt.2009 s. 1537 hadde blitt anvendt i en tilsvarende sak som denne, ville en anvendelse av EF – rettens fastere lovvalgsregler ført til at amerikansk rett kom til anvendelse på kontraktsforholdet, jfr. Roma I art. 4(2).

5.1.3 Rt.1980 s. 243 (Tampax – dommen)

I Rt.1980 s. 243 (Tampax – dommen) behandlet Høyesterett en sak om økonomisk oppgjør mellom en norsk og dansk part, etter opphør av en eneforhandleravtale. Det norske selskapet Midelfart var eneforhandler av Tampax sine sanitetstamponger i Norge og importerte disse fra Tampax Scandinavia, som hadde sitt hovedkontor i Danmark. Etter samarbeidsforholdets opphør krevde den norske eneforhandleren etterprovisjon. Det var på det rene at det ikke var grunnlag for etterprovisjon etter dansk rett, men det var derimot usikkert om det var grunnlag for dette etter norsk rett. Lovvalgsspørsmålet hadde derfor stor betydning, og domstolen måtte avgjøre om norsk eller dansk rett skulle legges til grunn.

Høyesterett fant at siden eneforhandlerens krav om etterprovisjon ikke hadde utspring i det enkelte kjøp, men i eneforhandlerforholdet i sin alminnelighet, kunne ikke løsørekjøpslovvalgsloven § 4 komme til anvendelse på kravet. Førstvoterende fant heller

ikke holdepunkter i løsørekjøpslovvalgsloven for at denne analogisk kunne komme til anvendelse på de varige bestanddeler av avtaleforholdet som ikke knyttet seg til de enkelte kjøp.¹⁵⁸ Førstvoterende, som på dette punktet fikk medhold fra alle dommerne, uttalte at det var et *”spørsmål om kravet om etterprovisjon etter en samlet bedømmelse har sin nærmeste tilknytning til Norge eller Danmark, jfr. den såkalte Irma Mignon – formelen i norsk internasjonal privatrett.”* Eneforhandleravtalen var av varig art, den gjaldt en norsk forhandler og regulerte dennes rettigheter og plikter i Norge. Høyesterett kom til at eneforhandlerforholdet hadde sin nærmeste tilknytning til norsk rett, og markedstilknytningen til Norge ble tillagt avgjørende vekt.¹⁵⁹

Førstvoterende oppsummerte tilknytningsmomentene uten at det ble uttalt noe om hvordan disse ble avveid mot hverandre. Betydningen av at selgeren hadde forretningssted i Danmark, som er et sentralt tilknytningsmoment etter EF – retten¹⁶⁰ ble det heller ikke foretatt en nærmere vurdering av.

5.1.3.1 En vurdering av Rt.1980 s. 243¹⁶¹ etter reglene i Roma I

Partene hadde ikke foretatt et lovvalg og spørsmålet er hvordan EF – rettens fastere lovvalsregler ville avgjort lovvalgsspørsmålet.

Det er ikke tale om et kontraktsforhold hvor de særlige lovvalsreglene i art. 5 til art. 8 kommer til anvendelse.

Selv om eneforhandleren kjøpte sanitetstamponger (, som regnes som løsøre) av leverandøren, knyttet ikke tvisten mellom partene seg til kontrakt om løsørekjøp og art. 4(1)(a) kan derfor ikke komme til anvendelse. Den kontrakt som er gjenstand for tvist knytter seg derimot til kontrakten om eneforhandlerforholdet, og til spørsmålet om

¹⁵⁸ De enkelte kjøp ble regulert etter løsørekjøpslovvalgsloven § 4

¹⁵⁹ Konow (2006) s. 322 flg.

¹⁶⁰ Jfr. Roma – konvensjonen art. 4

¹⁶¹ Rt.1980 s. 243 (Tampax – dommen)

eneforhandlerens krav på etterprovisjon. Det er ikke oppstilt en egen regel for kontrakter som knytter seg til eneforhandlerforhold i art. 4(1).

Spørsmålet er derfor hvem av partene som skal yte den karakteristiske ytelse i eneforhandlerforholdet, jfr. art. 4(2). En eneforhandleravtale er en avtale om en eksklusiv rett til å selge et produkt innenfor et bestemt område. Det karakteristiske i en avtale om å være eneforhandler ytes av den parten som utøver rollen som eneforhandler, noe som i dette tilfelle er det norske selskapet Midelfart.

Etter art. 4(2) er det avgjørende hvor den parten som skal prestere kontraktens karakteristiske ytelse har sitt alminnelige oppholdssted. I denne saken var det et norsk selskap som var registret som eneforhandler, og etter art. 19 er det alminnelige oppholdsstedet for selskaper det stedet hvor selskapet har sin hovedforvaltning. Siden det norske selskapet hadde sin hovedforvaltning i Norge, kommer norsk rett til anvendelse på kontrakten som gjelder eneforhandlerforholdet.

Det finnes ikke avvikende norsk lovregulering som fører til at EF – retten ikke kan komme til anvendelse på kontrakten.

Ved en tilnærming til lovvalgsspørsmålet etter den metoden som oppstilles i obiter dictum i Rt.2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul – dommen), ville resultatet i en tilsvarende sak blitt at norsk rett kom til anvendelse på kontraktsforholdet.

5.1.4 Rt.1982 s. 1294 (Fotoblitz – dommen)

I Rt.1982 s. 1294 behandlet Høyesterett også en sak om oppgjør etter opphør av en eneforhandleravtale, her mellom en norsk og tysk part. I denne saken krevde den norske eneforhandleren erstatning fra sin tyske leverandør for tapt renommé i markedet, som følge av at han hadde solgt leverandørens fotoblitz av dårlig kvalitet. Spørsmålet som Høyesterett måtte ta stilling til, var hvorvidt eneforhandlerens krav på erstatning var forfalt,

noe som var ulikt regulert etter norsk og tysk rett. Høyesterett måtte derfor avgjøre hvilke rettsregler som skulle regulere kontraktsforholdet.

Partene hadde ikke inngått noen avtale om lovvalg, og hovedregelen var da etter løsørekjøpslovvalgsloven § 4 at retten på det stedet hvor realdebitor hadde sitt hovedsete var avgjørende. Fordi selgeren hadde sitt forretningssted i Tyskland førte det til at tysk rett kom til anvendelse på de kontrakter som gjaldt de enkelte kjøp. Førstvoterende fastslo imidlertid at eneforhandlerens erstatningskrav ikke kunne knyttes til mangler ved de enkelte fotoblitzene, og at løsørekjøpslovvalgsloven § 4 derfor verken direkte eller analogisk kunne komme til anvendelse på erstatningskravet. Med det ble det skillet videreført som Høyesterett oppstilte i Rt.1980 s. 243(Tampax – dommen) mellom krav som springer ut av det enkelte kjøp på den ene siden, og krav som har sitt utspring i selve eneforhandlerforholdet på den andre.

Høyesterett foretok en utførlig behandling av spørsmålet om hvor saken hadde sin nærmeste tilknytning og viste til lagmannsrettens begrunnelse. Det var tilknytningsfaktorer i saken som trakk i begge retninger. Partene hadde forretningssted i hvert sitt land, noe som gav holdepunkter for å knytte rettsforholdet både til norsk og tysk rett. Den muntlige avtalen om etablering av forhandlingsforhold ble inngått på leverandørens forretningssted, de enkelte kjøp var underlagt tysk rett og en eventuell uaktsomhet ved inngåelse av kontraktsforholdet var begått i Tyskland. Disse forhold talte for at rettsforholdet hadde nærmest tilknytning til Tyskland. På den annen siden skulle varene markedsføres i Norge, forhandlerforholdet var av varig natur og var ikke begrenset til et antall kjøp.

Markedsføringen ble gjort av den norske eneforhandleren og skadevirkningene inntraff også i Norge. Det ble vektlagt at kravet som følge av tapt renommé hadde oppstått i Norge, og hadde sin virkning her i landet fordi saksøkte var bosatt her. Kravet hadde en så betydelig tilknytning til Norge at det ville være naturlig å anvende norsk rett på forholdet. Det ble påpekt at det ved eneforhandlerforhold, og i langsiktige forhandlerforhold, skapes en situasjon som stiller krav om vedvarende og aktivt samarbeid med sikte på at salget skal utvikle seg til begge parter fordel. I slike forhold kan det oppstå ulike konflikter som har

nærmest tilknytning til begge parter rettssystem, selv om det er gode grunner for at alle de konflikter som potensielt kan oppstå burde løses etter det samme lands rett. Det ble videre minnet om at kravet var reist av en norsk eneforhandler og at kravet hadde størst sammenheng med norske forhold. Etter en samlet vurdering kom Høyesterett til at erstatningskravet hadde nærmest tilknytning til Norge.

Høyesterett uttalte ikke noe om hvordan de momentene som ble ansett som relevante ble avveid mot hverandre, eller om noen av momentene ble ansett som avgjørende. Dommen gir derfor ikke presise holdepunkter for hvordan tilknytningskravet vurderes.

5.1.4.1 En vurdering av Rt.1982 s. 1294 etter reglene i Roma I

Partene hadde ikke foretatt et lovvalg og spørsmålet er hvordan EF – rettens faste lovvalsregler ville avgjort lovvalgsspørsmålet.

Det er ikke tale om et kontraktsforhold som er regulert av de særlige lovvalsreglene i art. 5 til art. 8.

Twisten mellom partene er ikke knyttet til kontrakt om løsøre kjøp, jfr. art. 4(1)(a) men til et krav om erstatning fordi varene ikke har oppfylt de krav til kvalitet som kan ventes og derfor har skadet eneforhandlerens renommé i markedet. Spørsmålet er hvilket lands rett som skal regulere kontrakten om eneforhandlerforholdet. Art. 4(1) inneholder ingen særskilt regel med fast tilknytningsfaktor for kontrakter som gjelder eneforhandlerforhold.

Spørsmålet er derfor hvem av partene som skal yte den karakteristiske ytelse i eneforhandlerforholdet, jfr. art. 4(2) Den karakteristiske ytelse er den ytelsen som gir kontraktsforholdet sin egenart. En eneforhandleravtale er en avtale om en eksklusiv rett til å selge et produkt innenfor et bestemt område. Det karakteristiske ved en eneforhandleravtale ytes av den parten som utøver rollen som eneforhandler, noe som i dette tilfelle er det norske selskapet Midelfart.

Etter art. 4(2) er det avgjørende hvor den parten som skal prestere kontraktens karakteristiske ytelse har sitt alminnelige oppholdssted. I denne saken var det norske selskapet Midelfart eneforhandler, og etter art. 19 er det alminnelige oppholdsstedet for selskaper det stedet hvor selskapet har sin hovedforvaltning. Siden selskapet hadde sin hovedforvaltning i Norge, kommer norsk rett til anvendelse på kontrakten som gjelder eneforhandlerforholdet.

Ved en tilnærming til lovvalgsspørsmålet som følger den metoden som oppstilles i obiter dictum i Rt.2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul – dommen), hvor det sees hen til de faste lovvalsregler som følger av EF – retten, ville resultatet i en tilsvarende sak blitt at norsk rett hadde kommet til anvendelse på kontraktsforholdet.

6 Konklusjon

I avhandlingen har jeg undersøkt betydningen av Rt.2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul – dommen) for reglene om lovvalg i kontraktsforhold hvor partene ikke har foretatt et lovvalg. I dommen uttales det at hensynet til rettsenhet taler for at det sees hen til EF – retten og at fastere lovvalgsregler skal anvendes dersom dette ikke er i strid med norsk lovfestet rett. Den metoden som dermed angis, skiller seg fra den individualiserende metode som tidligere har hatt et stort anvendelsesområde i norsk internasjonal privatrett. For å vurdere betydningen av uttalelsene i dommen, må for det første den rettskildemessige verdien av uttalelsene vurderes, og for det andre må det fastslås i hvilken grad det finnes fastere lovvalgsregler som det i praksis kan sees hen til.

Hva gjelder uttalelsenes rettskildemessige verdi, har jeg konkludert med at selv om uttalelsene fremkommer i en dom som behandler lovvalgsspørsmålet i en sak som gjelder erstatning for personvernkrænkelser, er de generelt formulert og kan derfor sies å være relevante for tilnærming lovvalgsspørsmål i sin alminnelighet. Videre har jeg kommet til at på tross av at det er tale om obiter dicta, burde de forstås som et uttrykk for at Høyesterett benytter muligheten til å angi kurs for senere saker. Hva gjelder eksistensen av fastere lovvalgsregler for kontraktsforhold i EF – retten, er det vist at slike finnes. Disse lovvalgsreglene vil i stor grad kunne komme til anvendelse på de tilfeller som i dag reguleres av den individualiserende metode i norsk rett. Avhandlingen har derfor vist at uttalelsene vil kunne få stor betydning for *tilnærmingsmetoden* til lovvalgsspørsmål i fremtidige saker ved norske domstoler.

En gjennomgang av eldre rettspraksis der EF – rettens faste lovvalgsregler benyttes i stedet den individualiserende metode, viser at i de fleste tilfellene¹⁶² ville resultatet, på tross av endret tilnærningsmetode, likevel blitt det samme. I ett av tilfellene¹⁶³ medførte imidlertid bruken av den nye metoden, i følge min vurdering, at konklusjonen på lovvalgsspørsmålet ble en annen. For fremtidige saker *kan* derfor en vurdering av lovvalgsspørsmålet basert på den nye metodiske kursen som det tas til orde for i Rt.2009 s.1537, i enkelte tilfeller gi andre resultater enn det man ville fått ved en vurdering etter den individualiserende metode. Avhandlingen har derfor vist at dommens uttalelser kan få betydning for *utfallet* av lovvalgsvurderingen.

Viktigere enn de resultatene den nye metoden kan komme til å frembringe, er den *forutsigbarhet* som fremmes ved bruken av denne. Det sentrale ved den kritikk som har vært rettet mot domstolenes anvendelse av den individualiserende metode, har ikke først og fremst knyttet seg til at metoden gir opphav til ”feilaktige” eller urimelige resultater. Tvert imot vil en metode som vurderer hvor den enkelte sak har sin nærmeste tilknytning, være egnet til å ivareta hensynet til rimelighet. Det metoden derimot har blitt kritisert for, er at den ikke i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til forutsigbarhet. En anvendelse av tilnærningsmetoden som ser hen til EF – retten, fører til at man kan utpeke faste lovvalgsregler i Roma I, noe som gjør det mulig for partene å avklare lovvalgsspørsmålet på forhånd, uten å måtte forelegge dette for en domstol. Der det tidligere ble foretatt en vurdering av hvert enkelt tilfelle, uten at det var på det rene hvilke kriterier som var lagt til grunn for vurderingen, vil en praksis som baserer seg på fastere lovvalgsregler gjøre det enklere å forutsi hvordan lovvalgsspørsmålet vil bli vurdert. Dersom lovvalget blir mer forutsigbart, har dette for det første den fordel at det legger til rette for internasjonal handel, og for det andre at saker ikke må forelegges en domstol for at lovvalgsspørsmålet kan avklares. På tross at den fleksibilitet som kan gå tapt om man går bort ifra den

¹⁶² Rt.1937 s. 888 (Gullklausul – dommen), Rt.1980 s. 243 (Tampax – dommen), Rt.1982 s. 1294 (Fotoblitz – dommen)

¹⁶³ Rt.1931 s. 1185 (Thams – dommen)

individualiserende metode, er derfor min konklusjon at de positive aspektene ved den nye metoden veier tyngre enn de negative.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Jfr. avsnitt 1.3

7 Kilder

7.1 Bøker

Bogdan, Michael. *Concise Introduction to EU Private International Law*.
Groningen, Europa Law Publishing 2006

Briggs, Adrian. *The Conflict of Laws*. Second edition. Oxford University Press 2008

Cordes, Jørg, Stenseng, Laila og Lenda, Peter. *Hovedlinjer i internasjonal privatrett* 2. Utg.
Oslo, Cappelen Akademisk Forlag 2010

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. Utg. ved Jan E. Helgesen. Universitetsforlaget 2001

Gaarder, Karsten. *Innføring i internasjonal privatrett* 2. Utg., 2. Opplag Oslo
Universitetsforlaget 1993

Fleischer, Carl August. *Rettskilder og juridisk metode* Oslo ad notam Gyldendal 1998

Konow, Berte – Elen Reinertsen. *Løseørepant over landegrenser* 1. Utg. 1. Opplag
Fagbokforlaget 2006

Kropholler, Jan. *Internationales Privatrecht* 6. Aufl. Tübingen Mohr Siebeck 2006

Lundgaard, Hans Petter. *Gaarders innføring i internasjonal privatrett* 3. Utg., 1. Opplag
Oslo Universitetsforlaget 2000

Nielsen, Peter Arnt. *International handelsret* 1. Utg. 1. Opplag København
Forlaget Thomson 2006

Nielsen, Peter Arnt. *International privat- og procesret* København
Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1997

Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt* 2. Utg. Bergen Universitetsforlaget 2004

Reithmann, Christoph und Martiny, Dieter. *Internationales Vertragsrecht* 7. Auflage. Köln
Verlag Dr. Otto Schmidt 2010

Seierstad, Åsne. *Bokhandleren i Kabul – et familiedrama*. 1. Utg. Cappelen 2003

Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole – Andreas, Foyn, Sten, Kolstad, Olav.
EØS – rett 2. Utg. Oslo Universitetsforlaget 2004

7.2 Artikler

Due, Ole. *De danske forbehold til Maastricht- og Amsterdam – traktatene*, artikkel i
Rettsteori og rettsliv. Festskrift til Carsten Smith til 70 - årsdagen 13. juli 2002
Universitetsforlaget 2002 s. 183 - 195

Knoph, Ragnar. *Omkring Gullklausuldommen*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1938 s. 46 - 58

Korsnes, Kristine Helen. *EU – rettens paradoksale betydning for den internasjonale
privatretten*, artikkel i Rett og toleranse - Festskrift til John Helge Thue 2007. Gyldendal
akademiske forlag s. 289 - 303

Lando, Ole og Nielsen, Peter Arnt. *The Rome I Proposal*, artikkel i Rett og tolerance –
Festskrift til John Helge Thue 2007. Gyldendal akademiske forlag s. 321 - 341

Lehmann, Matthias. *Auf der Suche nach dem Sitz des Rechtsverhältnisses: Savigny und die Rom I –Verordnung*, artikkel i Festschrift für Ulrich Spellenberg 2010. München sellier. european law publishers s. 245 - 260

Moss, Giuditta Cordero. *En mer moderne og systematisk norsk internasjonal privatrett etter Bokhandleren i Kabul – dommen*. Tidsskrift for rettsvitenskap. Under publisering 2010

Moss, Giuditta Cordero. *Innføring i lovvalg for kjøpskontrakter*. Jussens Venner vol.45.2.2010 s. 85 - 97

Moss, Giuditta Cordero. *Den nye europeiske internasjonale formueretten og norsk internasjonal formuerett*. Lov og Rett vol.48.2.2009 s. 67 - 83

Moss, Giuditta Cordero. *Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler*. Tidsskrift for rettsvitenskap vol 120. 5.2007 s. 679 - 717

Moss, Giuditta Cordero. *Lovvalg i kontraktsforhold – norsk retts askepott slår tilbake?* Jussens venner Hefte 2/2000 s. 132 - 152

Skoghøy, Jens Edvin Andreassen. *Utviklingstrekk i Høyesteretts rettskildebruk*. Lov og rett 1996 s. 209 - 210

Thue, Helge Johan. *Internasjonal privatrett – toleransens rett*, artikkel i Rettsteori og rettsliv, Festschrift til Carsten Smith til 70 – årsdagen 13. juli 2002. Universitetsforlaget 2002 s. 865 - 880

Thue, Helge Johan. *Irma Mignon – formelen. En konfliktskapende regel*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1965 s. 587 - 610

Wagner, Rolf. *Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I – Verordnung)*. IPRax Heft 5/2008 s. 377 - 476

7.3 Lover og forarbeider

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90

Lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002 nr. 34

Lov om lovvalg i forsikring av 27. november 1992 nr. 111

Lov om handelsagenter og handelsreisende av 19. juni 1992 nr. 56

Lov om mellomfolkeleg - privatrettslege reglar for lausøyrekjøp av 3. april nr.1 1964 nr. 1

Justisdepartementets høringsbrev av 13. juni 2003

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2003/horing-gronnbok-om-mulige-endringer-i-ro/1.html?id=95803>

Justis- og politidepartementets utkast til lov om lovvalg på det formuerettslige området av 1985, Jnr.1450/85 E HB/ BN/ SR uwg (Oslo mai 1985)

7.4 Konvensjoner

Lugano - konvensjonen av 30. oktober 2007

Lugano - konvensjonen av 1988 om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker

Haag - konvensjonen av 15. juni 1955 om lovvalg for internasjonale kjøpskontrakter

Nordisk konvensjon om arv og dødsboskifte av 14. juni 1935

Nordisk konvensjon om konkurs av 7. november 1933

Nordisk konvensjon om ekteskap, adopsjon og vergemål av 6. februar 1931

7.5 EF - forordninger og rettskilder fra EF - retten

Roma I-forordningen. Europa-parlamentets og rådets forordning (EF) Nr. 593/2008 af 17. juni 2008 om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I)

Roma II-forordningen. Europa-parlamentets og rådets forordning (EF) Nr. 864/2007 af 11. juli 2007 om lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontrakt (Rom II-forordningen)

Brussel­forordningen. Rådets forordning om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretslige område af 22. desember 2000 (Brussel I)

Romakonvensjonen. Konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser åbnet for undertegnelse i Rom den 19. juni 1980 (80/934/EØF).

Grønbog om omdannelse af Rom – koventionen af 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, til en fællesskandsretsakt med opdatering af dens bestemmelser, KOM (2002) 654

Betænkning om konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser udarbejdet af Mario Giuliano, professor ved universitetet i Milano, og Paul Lagarde, professor ved Université de Paris I. EF – tiende nr. C 282 af 31/10/1980 s.0001-0050

7.6 Dommer

Rt.2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul – dommen)

Rt.2006 s. 1008 (Pharma Food – dommen)

Rt.1982 s. 1294 (Fotoblitz – dommen)

Rt.1980 s. 243 (Tampax – dommen)

Rt.1957 s. 246 (Turbuss – dommen)

Rt.1937 s. 888 (Gullklausul – dommen)

Rt.1931 s. 1185 (Thams – dommen)

Rt.1923 II s. 58 (Irma Mignon - dommen)